SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL.

POR

M. F. C. DE SAVIGNY

TRADUCIDO DEL ALEMAN POR

M. CH. GUENOUX

DOCTOR EN DERECHO,

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY,

Profesores de Derecho Romano en la Institucion Libre de Enseñanza.

y precedido de un prólogo de

D. MANUEL DURÁN Y BAS.

CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

TOMO III.



MADRID.

F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES.

Puerta del Sol, núm. 13.

1879.

Imprenta de los Editores, Ancha de San Bernardo, núm. 74.

CAPITULO III.

DEL ORÍGEN Y EXTINCION DE LAS RELACIONES DE DERECHO.

---

§ CXLII.—V.—*Donacion.—Introduccion.*

Fuentes respecto á esta materia.

Paulo, V, 11.
Fragm. Vaticana, § 248-316.
Cod. Theod., VIII, 12-15.
Inst., II, 7.
Dig., XXXIX, 5, XXIV, 1.
Cod. Just., VIII, 54-56; V, 16.

Autores que tratan de este asunto:

Donelo, lib. V, c. 2, § 10 (definicion é insinuacion). Libro XIV, cap. 26-32 (revocacion). Lib. XIII, cap. 22, § 7, 8 (promesa de donacion). Muhlenbruch, § 440-445. F. W. L. Von Meyerfeld, die Lehre Schenkungen, tomo I. Marburg, 1835; tomo II, Abth. I, 1837.

Podría preguntarse la razon que existe para que la donacion figure en la parte general del tratado, cuando á primera vista nos aparece como un acto jurídico particular, semejante á la venta ó la permuta. Para resolver esta cuestion veamos primeramente el lugar que hasta aquí se le ha asignado.

Las Instituciones de Justiniano colocan la donacion entre

los modos de adquirir la propiedad *(a)*, punto de vista evidentemente exclusivo y arbitrario, pues ella sola no trasfiere la prodiedad, que requiere además la tradiccion, respecto á la cual la donacion es simplemente una *justa causa* de igual modo que la venta; de manera que igual razon existía para incluir en el derecho de propiedad la donacion, como la venta y otro gran número de contratos. Además, no es la propiedad el objeto exclusivo de la donacion, cuya materia pueden constituirla igualmente el usufructo, la enfitéusis, una simple promesa por contrato, la remision de una deuda, etc., y con idéntico título que respecto á la propiedad, podría considerarse la donacion como parte constitutiva de estas diversas instituciones. La mayor parte de los autores modernos colocan la donacion entre los contratos obligatorios *(b)*, que es otro punto de vista tan exclusivo como el anterior, porque la donacion puede resultar de la propiedad, del usufructo, etc., de igual manera que de un contrato obligatorio. Doneau habla de la donacion en muchos lugares de su tratado, pero en ninguno de ellos con tantos detalles como en el que dedica á la donacion por causa de ingratitud, que es precisamente el aspecto ménos importante de la materia.

Esta diversidad de clasificaciones, tan poco racionales y satisfactorias, debemos atribuirla á la falsa idea de que la donacion es un acto jurídico particular, cuando realmente tiene un carácter general que pueden revestir los más diversos actos jurídicos. Y hé aquí por qué coloco la donacion en la parte general del tratado, al lado del contrato con el cual tanta analogía tiene por la generalidad de su naturaleza y la multiplicidad de sus aplicaciones (*c*).

(a) Inst. II, 7. Hofacker, § 987, les asigna el mismo lugar.

(b) Thibaut, § 559; Heise, tomo III, § 207; Muhlenbruch, § 440; Mackeldey, § 421.

(c) La única diferencia consiste en que el contrato puede aplicarse á toda clase de relaciones de derecho, mientras que la donacion se aplica únicamente á las relaciones del derecho de bienes. Por consiguiente, si se quisiera seguir una clasificacion rigurosamente lógica, mas bien que colocar las donaciones en la parte general del tratado, debería formarse una parte general especial referente al derecho de bienes. La clasificacion que adopto es más sencilla y no puede dar lugar á omision alguna. Por lo demas, me complazco en declarar que en este punto he tenido por antecesores á Puchta, *System des gemeinen Civilrechts*, München, 1832, § 35, y

Basta para que exista donacion un acto jurídico que reuna las condiciones siguientes: 1.° que se verifique entre vivos; 2.° que una de las partes se enriquezca con lo que la otra pierde, y 3.° que ésta quiera enriquecer á la otra á sus expensas.

De este rápido exámen resulta que toda donacion implica necesariamente dos personas; para designarlas los jurisconsultos modernos emplean una expresion auténtica, *donator*, y otra que no lo es, *donatarius*, expresion que los Romanos suplían por una perífrasis *(is cui donatum est*, etcétera). Por mi parte las designaré con los nombres de *donante* y *donatario*.

Hasta aquí hemos dado solamente una nocion arbitraria sin que hayamos formulado la necesidad de tomar esta nocion por base de una institucion de derecho. A lo que parece, podríamos de igual manera tomar cualquier otra parte de los actos jurídicos, imponerle un nombre técnico y formar con ella una institucion especial; y así, podríamos, por ejemplo, aplicar este método á los actos que se llaman onerosos, cuyo carácter es enteramente contrario al de las donaciones. ¿Por qué, pues, rechazamos este método y afirmamos sin embargo que la donacion es una institucion particular? El motivo consiste en que los Romanos la consideraban en relacion estrecha con ciertas reglas positivas que nos obligan á determinar sus límites con una rigorosa precision. Estas reglas son las siguientes:

1. La donacion ha sido sometida desde muy antiguo á diversas restricciones y sobre todo á formas especiales para su declaracion; y á pesar de las numerosas modificaciones que en la materia se han establecido, estas formas y estas restricciones no han cambiado de naturalza ni de

---

Lehrbuch, der Pandekten; Leipzig 1838, § 53. Sé que, aun aceptando mis razones, se juzga esta disposicion poco conveniente, porque destruye la simetría exterior. Nada objetarían quizá, si me contentanse con dar aquí un resúmen de la teoría de las donaciones; pero seguramente no aprobarán una exposicion tan detallada que parece pertenecer á la parte especial. Suplico á estos críticos que observen que un resúmen suscinto exigiría necesariamente como justificacion una exposicion detallada que, para no hacerse esperar demasiado, debería figurar como apéndice de este tomo. Los que acepten esta colocacion me permitirán que siga una marcha más dimple y que inserte el apéndice en el texto, con lo cual sufrirá poco detrimento la simetría.

objeto, y la donacion, que era su materia, no ha cambiado tampoco *(d)*.

2. La donacion está prohibida entre esposos, mientras que les son permitidos los demás actos jurídicos.

3. La donacion puede ser revocada en ciertos casos por motivos especiales, mientras que, en estos mismos casos, son irrevocables los demás actos jurídicos.

Asi pues, bajo el punto de vista de la práctica, puede decirse que donacion es el acto jurídico que da lugar á las tres reglas precedentes, pues en efecto, á causa de estas reglas, y únicamente á causa de ellas, debemos tratar la donacion como una institucion particular y establecer rigorosamente sus límites *(e)*.

De igual modo la prohibicion de las donaciones entre esposos fué principalmente lo que dió lugar á que los anti-

---

(d) La entera libertad de la voluntad individual se considera como la regla para la apreciacion de los actos jurídicos; pero el derecho romano ha exceptuado de esta regla ciertos casos especiales en que se temía el abuso de esta libertad. Tales son las leyes contra la usura, para proteger á los deudores pobres; el Sen. Cons. Veleyano, ocasionado por la dependencia natural de las mugeres; el Sen. Cons. Macedoniano, para impedir á los usureros el alimentar la prodigalidad de los hijos de familia, y, por último, las restricciones establecidas en la materia de donaciones y la prohibicion absoluta de las donaciones entre esposos, casos en que una generosidad imperiosa puede ser víctima de cálculos egoistas.

(e) Ordinariamente se atribuyen tambien á las donaciones otras consecuencias prácticas; pero equivocadamente. En efecto, no son las donaciones los únicos actos que están fuera de la administracion ordinaria de los bienes, por lo cual el asignarles este carácter indica no haber tenido en cuenta la naturaleza esencial de la institucion. Así, el *filius-familias* está incapacitado para administrar su peculio lo mismo que para hacer donaciones (L. 7, pr. de don. XXXIX, 5); pero tampoco puede hacer manumisiones (L. 13, de j. patron. XXXVII, 14), ni obligar á su padre por sus delitos (L. 3, § 12, de pecul. XV, 1) y estos actos no son donaciones ciertamente. Por otra parte, la prohibicion de las donaciones no es absoluta, pues el padre puede autorizarlas (L. 7, § 2, 3, de don. XXXIX, 5); de donde resulta que la libre administracion del peculio no implica el poder de donar, lo cual ha podido admitirse unicamente como regla de interpretacion. Un decreto no puede autorizar la donacion de un inmueble hecha por un menor, aunque éste hubiese obtenido dispensa de edad. L. 3. C. si major (V. 74). Así, tambien, la ley Cincia prohibio á los abogados que aceptasen presente alguno por razon de sus servicios; pero nò existiendo esta prohibicion en el derecho moderno esta clase de presentes no se han considerado como pura donacion.—La pretendida prohibicion impuesta al padre de hacer donacion á los hijos sometidos bajo su potestad *(in potestate)* comprende en realidad toda clase de enagenacion. L. 2, pr. de contr. ent. (XVIII, 1); L. 14, § 3, de in diem addict. (XVIII, 2).—La ley Julia repetund. prohibía hacer regalos á los magistrados (L. 8,, ad L. Jul. repet. XLVIII, 11). Esta prohibicion no existe hoy

guos jurisconsultos determinasen con exactitud los principios de la materia. En cuanto á las restricciones y á las formas de la donacion, habían sido tan cuidadosamente reguladas por la ley *Cincia* que no podia hacerse sentir mucho la necesidad de un desenvolvimiento científico *(f)*.

Por último, la revocacion no ha sido nunca de gran importancia y su desenvolvimiento por las constituciones imperiales es posterior al siglo de los grandes jurisconsultos. Por esta causa se ha incurrido fácilmente en el error de creer que los principios establecidos con tan rigorosa exactitud por los antiguos jurisconsultos, sobre la naturaleza de la donacion, se aplicaban únicamente á la prohibicion entre esposos, cuando, por el contrario, son ciertamente principios generales, igualmente aplicables á la insinuacion y á la revocacion *(g)*.

Aunque he tomado como punto de partida el lado negativo de la donacion, á saber, sus restricciones, no por eso deja de tener su lado positivo, cuya importancia es preciso

---

y entre los Romanos había sufrido ya diversas modificaciones y extensiones. L. un. § 1, 2, C. de contract. judicum (I, 53). Estas consideraciones prácticas se hallan largamente desenvueltas en Meyerfeld, Abschnitt, V y VI.

(f) La ley Cincia y sus desenvolvimientos exigían la mancipacion ó la tradicion y siempre la trasmision de los interdictos posesorios, lo cual era descartarse de la mayor parte de los casos en que pudiera ser dudosa la existencia de la donacion. Otra cosa sucede en el derecho moderno, el cual exige solamente la insinuacion, y esto para las donaciones importantes. Podían presentarse aquí las mismas dudas y dificultades que respecto á la donacion entre esposos; pero nada hubo que añadir á la definicion de la donacion, pues las indagaciones sutíles de los antiguos jurisconsultos sobre la donacion entre esposos eran ya suficientes. Por lo demas, la ley Cincia ha podido dar lugar á las mismas discusiones que la donacion entre esposos; pero los textos que á ellas se refieren, como tocantes á una institucion caida en desuso, no han tenido cabida en el Digesto, salvo insignificantes excepciones, como por ejemplo, la L. 11 y la 23, pr. de don. (XXXIX, 5).

(g) La teoría de la donacion entre esposos descansa en gran parte sobre la base de que la prohibicion existe cuando uno de los esposos se hace en virtud de ellas, *pauperior* y el otro *locupletior*. Algunos autores modernos ven en ella, no una condicion esencial de toda donacion, sino especial de las donaciones entre esposos; Westenberg, XXIV, I, § 10; Mühlenbruch, § 545; pero en realidad forma parte integrante de toda verdadera donacion, y evidentemente debe tenerse en cuenta para la insinuacion y para la revocacion. El punto de vista de estos autores encuentra una aparente justificacion en las expresiones de muchos textos del derecho romano; pero el verdadero sentido de estos textos indican solamente una locucion anfibológica de los Romanos, de la cual me ocuparé en el § 143.

reconocer. La donacion como *justa causa* de la tradicion puede transferir inmediatamente la propiedad ó servir de título para la usucapion. Como *causa,* da validez y hace inatacable toda clase de beneficio que provenga de una obligacion, resultado que no podría conseguirse faltando una *causa* verdadera, puesto que podría ser anulado más tarde por medio de las *condictiones.* Por lo demás, cualesquiera que fuesen la realidad y la importancia de este aspecto positivo de la donacion, no hubo nunca necesidad de una teoría explícita, ni de una sutíl determinacion, para distinguir los casos en que la donacion existía, de aquellos en que no tenía esta realidad. La necesidad de esta teoría vino únicamente del lado negativo de la donacion, es decir, de las restricciones fundadas sobre reglas especiales del derecho positivo.

§. CXLIII.—*Donaciones.—Introduccion.—(Continuacion).*

Antes de examinar los diversos elementos de la donacion se hace preciso establecer con claridad la fraseología. El elemento esencial de la donacion es, por parte del donante, una voluntad desinteresada *(a)* que se designa en general por las palabras *beneficium, liberalitas*, y algunas veces tambien *officium (b)*. El carácter comun á los actos de esta naturaleza consiste en que el donante tiene en cuenta únicamente la *utilitas ó commodum* de la otra parte y no su propio beneficio *(c)*. Así, toda donacion es una liberalidad, pero no toda liberalidad es una donacion, pues esta expresion general se aplica á todo acto generoso, á servicios prestados, como por ejemplo la custodia gratuita de una cosa, y este mismo calificativo se aplica á la emancipacion

---

(a) Digo acto individual, pues aunque el donante llevase la idea interesada de ganar por medio de sus liberalidades la benevolencia del donatario, y en virtud de ella obtener mayores ventajas, esto no modifica en nada la naturaleza del acto de la donacion, considerado en sí mismo.

(b) Meyerfeld, § 1 y 7 cita muchos textos justificativos.—*Officium* está tomado en este sentido en la L. 1. § 4, mand. (XVII, 1); y L. 17, § 3, comm. (XIII, 6). Esta palabra tiene tambien en las fuentes del derecho el sentido de negocio y el de obligacion ó deber.

(c) Estas espresiones se encuentran en la L. 5, § 2, commod. (XIII,6); L. 108, § 12, de leg. 1 (XXX, un.) y directamente aplicadas al grado de falta que es imputable al deudor.

de un hijo. En estos casos no hay verdadera donacion, porque no existe la circunstancia de que una de las partes se desprenda de una porcion de sus bienes con la cual se enriquezca la otra. Sin embargo tiene tambien su importancia jurídica la liberalidad considerada en este amplio sentido. Así, respecto á las obligaciones *bonae fidei*, el deudor que se encuentra en una relacion desinteresada, no responde de la *culpa* ordinaria, sino solamente del *dolo*; y hé aquí porque no responde de la culpa ordinaria el depositario; pero esta nocion general de la liberalidad debe ser más rigurosamente precisada cuando se aplica á las reglas positivas de la donacion.

Por parte del donatario, el elemento esencial de la donacion es un beneficio obtenido. Todo derecho,—ora consista en un crédito ora en la propiedad de una cosa,—adquirido gratuitamente, cuando este beneficio resulta, para el deudor, de la naturaleza misma de la adquisicion *(d)* se llama *lucrativa causa (e)*. Por oposicion á las adquisiciones de esta especie llaman los autores *onerosa causa* las adquisiciones no gratuitas; pero entre los jurisconsultos romanos *onerosum* significa penoso, desagradable, y esta significacion implica un orden de ideas muy diferente *(f)*. Toda donacion, por consiguiente, es al mismo tiempo una *lucrativa causa*; pero toda *lucrativa causa* no exige siempre la presencia de un donan-

---

(d) Así, el que compra barato se enriquece evidentemente; pero como esto no resulta de la naturaleza general del contrato sino de circunstancias puramente accidentales del negocio, no constituye una *lucrativa causa* con cuyo nombre no se designa nunca una adquisicion de este género por lucrativa que sea.

(e) Con respecto á una propiedad adquirida: L. 13, § 5, de act. enmpti (XIX, 1); L. 4, § 29, 31, de doli exc. (XLIV, 4); L. 7, § 3, de public. (VI, 2).—Respecto á las obligaciones: L. 17, 19, de O. et A. (XLIV, 7): L. 108; § 4, de leg. 1 (XXX, un). Se encuentran tambien las expresiones *lucrativa adquisitio* y tambien *lucrativa res:* L. 4, § 31, de doli exc. (XLIV, 4); Paulo, V, 2, § 5.—Una significacion secundaria pero extraña á nuestro asunto de *lucrativa causa* ó de *lucrifaciendi causa possidere*, etc. es la de una ganancia injusta. Así, respecto al hurto: L. 1. § 3; L. 54, § 1, de furtis (XLVII, 2); de igual manera respecto á la antigua *pro herede usucapio:* Gayo, II, § 56, 57; L. 2, § 1, pro her. (XLI, 5); L. 33, § 1, de usurp. (XVI, 3).

(f) Brissonio, V. *Onerosus*. El que vende cara una cosa que le es inútil, podrá felicitarse de su venta, y sin embargo, ningun romano la hubiese llamado *onerosum negotium*. En el lenguaje adoptado por los jurisconsultos modernos, se considera este negocio como oneroso, porque el vendedor renuncia á la propiedad de una cosa.

te y por tanto la intencion de donar. En las fuentes del derecho se llama *lucrativa causa,* independientemente de la donacion, á los legados, fideicomisos, á la sucesion testamentaria y á la legal *(g)*; el nombre de *donatio,* no se aplica á los legados, sino impropiamente, y nunca á la sucesion. De igual manera, ningun jurisconsulto romano hubiese vaciIado en colocar bajo el título de *lucrativa causa* el producto de la caza, el botin hecho en la guerra, el descubrimiento de un tesoro ó la apropiacion de una cosa sin dueño, casos respecto á los cuales nada tiene que ver la *donatio.* Cuando la *lucrativa causa* se refiere efectivamente á una *donatio* y se quiere expresar la idea contraria se emplean las expresiones, *negotium, contrahere, obligare (h).*

Acabo de señalar dos elementos que pueden encontrarse en los actos jurídicos: de un lado liberalidad, de otro adquisicion gratuita. Cada uno de ellos tiene afinidad con la donacion; pero considerados en sí mismos alcanzan mucha mayor extension. Su reunion en un mismo acto jurídico constituye aproximadamente lo que hemos llamado donacion, esto es, el acto que da lugar á la aplicacion de las tres reglas de derecho positivo sobre la donacion; y digo aproximadamente, por que la aplicacion de estas tres reglas se encuentra todavía subordinada á otras condiciones, como demostraré en seguida.

Veamos ahora á que responde el nombre latino *donatio.* No era ésta una expresion técnica, sino una palabra tomada de la vida comun y que al pasar al lenguage de los jurisconsultos ha conservado su sentido indeterminado. En la

---

(g) L. 1, C. de impon. lucr. descr. (X,35); L. 108, § 6, de leg., 1. (XXX,1); L. 83, § 6, V. O. (XLV,1). (En este último texto, las palabras: «Sed (et) si heres extitero» no se oponen á la *lucrativa causa,* sino que sirven de transicion á la exposicon de una clase particular; *sed* tiene frecuentemente esta significacion). Respecto á las sucesiones, entiéndase que hablamos de su naturaleza ordinaria y normal, que es la de enriquecer al heredero. Si en un caso particular los bienes se encuentran absorvidos por las deudas, ó el heredero ha obtenido la renuncia de un heredero más próximo, mediante una suma de dinero, entonces la adquisicion no es lucrativa. L. 2, § 1, si quis omissa (XXXIX, 4). «... mihi videtur humanior esse hæc sententia, ut possessor hereditatis prior excutiatur, maxime si *lucrativam habet possessionem.* Así, pues, la posesion del heredero puede no tener el carácter de lucrativa.

(h) L. 18, de don. (XXXIX,5); L. 3, § 1, de O. et A. (XLIV,7); L. 9, pr. de cond. causa data (XII,4); L. 24, § 4, sol. matr. (XXIV,3).—Meyerfeld, § 3.

mayor parte de los textos el empleo de la palabra *donatio* no implica rigurosamente la aplicacion de las reglas positivas expuestas, para cuyo efecto se le añaden ordinariamente algunos otros caracteres *(i)*, y en este caso, á falta de una expresion técnica para designar esta donacion propiamente dicha y la sola importante, se le llama «*donatio jure civili impedita*» ó «*non concessa donatio*» *(k)*. Otros textos por el contrario reservan la denominacion de *donatio* para los casos sometidos á la aplicacion de las reglas positivas y fuera de ellos niegan generalmente la existencia de la *donatio (l)*. En vista de tales incontestables hechos hemos de

---

(i) Así, Ulpiano en la L. 5, § 8-18, de don. int. vir. (XXIV,1); Pomponio en la L. 18; L. 31, § 1, eod.; L. 3, pr. eod. (XLI, 6); Terencio Clemente en la L. 25, de don. int. vir. (XXIV,1); y Modestino en la L. 23, pr. de don. (XXXIX,5); y muchos otros jurisconsultos cuyos nombres citaré cuando haya ocasion.

(k) L. 5, § 18, de don. int. vir. (XXIV,1) de Ulpiano y L. 6, cod. de Gayo.

(l) Upiano en la L. 21, pr. de don. int. vir. (XXXIV, 1) (non locupletior, nulla donatio, non interdictum, son aquí sinónimos). —Pomponio en la L. 31, § 6, 7, eod.: «Quod vir uxori in diem debet, *sine metu donationis* præsens solvere potest» es decir, no hay temor de que el pago sea considerado como *donatio*. Más adelante : «Quod legaturus mihi... es, potes rogatus á me uxori mæ relinquere, et *non videtur ea esse donatio*«; aquí, sin embargo, hay intencion de donar, y Ulpiano en la L. 5, § 13, 14, eod., en un caso muy semejante, dice efectivamente que esto constituye una donacion ; pero solamente permitida. No debemos extrañarnos de que Pomponio y Ulpiano emplean más veces esta fraseología rigurosa, otras veces otra más libre, (nota *i*), porque lo hacen tratando de decisiones aisladas, entre las cuales no trataban ciertamente de establecer una correlacion rigurosa.—En el mismo sentido que Pomponio, dice Gayo, L. 11, de don. (XXXIX, 5) : «Cum de modo donationis quæritur, *neque* partus nomine, *neque* fructuum, *neque* pensionum, *neque* mercedum *ulla donatio facta esse videtur*.» Los frutos enriquecen tambien al donatario y algunas veces tal es la intencion formal del donante ; y, sin embargo, no caen bajo la prohibicion de las donaciones importantes, *(modus donationis,* segun la ley Cincia). Gayo expresa en estos términos este principio no contradicho : «nequé ulla donatio facta esse videtur,» miéntras que Ulpiano, (L. 17, de don. int. vir.) dice en un caso absolutamente semejante : «fructus quoque, ut usuras, *licitam habere donationem*.» Así es, que Gayo dice que no existe en este caso donacion, y Ulpiano, que hay donacion ; pero donacion permitida.—De igual modo Papiniano, L. 18, quæ in fraudem (XLII, 8): «Si pignus vir uxori, vel uxor viso remiserit : verior sententia est nullam *fieri donationem* existimantium.» En este caso hay frecuentemente liberalidad de una parte y beneficio obtenido por la otra ; pero no hay, jurídicamente hablando, ni *pauperior* ni *locupletior*, como sucede en los casos á los cuales Ulpiano (nota *i*) aplica, sin embargo la expresion de *donatio*. Celso se expresa de idéntica manera (citado por Ulpiano, L. 5, § 15, de don. int. vir. (XXIV, 1). No podía desconocerse en estos diferentes textos una doble fraseología.

reconocer que los Romanos mismos empleaban la palabra *donatio,* unas veces en una acepcion extensa y es el caso mas frecuente, y otras veces en una acepcion restringida. La acepcion lata entraba en el lenguage de la vida ordinaria que designaba con el nombre de *donatio* toda especie de liberalidad, sin tener en cuenta las prescripciones del derecho, si bien algunas veces tomaba tambien un sentido jurídico, cuando se quería hacer resaltar el lado positivo de la donacion (§ 142). La acepcion estricta se refiere á las reglas especiales restrictivas de la donacion, es decir, á su aspecto negativo que es el que necesita una especial y rigurosa determinacion.

Despues de haber determinado el sentido de las palabras hasta donde es necesario para la inteligencia de las fuentes, podemos, sin inquietarnos ya más por dicho sentido, tomar la palabra *donacion* en la acepcion más propia de una indagacion científica, esto es, en la acepcion estricta, en la que entraña exclusivamente la aplicacion de las reglas positivas del derecho sobre la donacion; no olvidando que la acepcion dicha abraza la generalidad de estas reglas, tanto las relativas á la insinuacion y á la revocacion, como las referentes á la prohibicion entre esposos (§ 142,g). En el lenguaje ordinario, podemos, no obstante, admitir una fraseología ménos rigurosa.

Lo dicho sobre la naturaleza general y los caracteres de la donacion, resulta con más claridad y evidencia todavía si se compara con otra materia que le es muy análoga bajo este respecto, la posesion. Tiene ésta tambien, como relacion de hecho, su elemento natural; como relacion de derecho responde á la propiedad, formando así el contenido de la misma. Este elemento natural nunca hubiera exigido una teoría sobre la posesion, cuya necesidad ha nacido de haberse atribuido á la existencia de ésta efectos completamente distintos del elemento natural, á saber, la usucapion y los interdictos; pues para saber á quienes aprovechan dichos efectos fué preciso determinar exactamente los límites, orígen y fin de la posesion. Puede decirse, por tanto, que la usucapion y los interdictos son á la posesion, lo que son á la donacion la insinuacion, la prohibicion entre esposos y la revocacion. Existen para la posesion consecuencias aparentes que, en realidad, están fuera de esta institucion,

propiamente dicha (*m*); y consecuencias semejantes existen para la donacion como, por ejemplo, la incapacidad relativa al peculio y á los inmuebles de los menores (§ 142,*e*). La posesion, en su sentido natural y más lato, se llama *possessio;* considerada como base de una institucion de derecho positivo se llama tambien *possessio,* pero en un sentido más estricto, bajo cuyo aspecto se le oponen ciertos casos de *non possidere;* y cuando se quiere precisar esta significacion más estricta, se dice: *possessio quœ locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi, ó ad usucapionem possidere (n).* Así, pues, la doble fraseología que he indicado respecto á la donacion es indudable tambien en cuanto á la posesion, con la única diferencia de que los antiguos jurisconsultos la han precisado mejor respecto á esta última (naturalis, civilis). Por lo demás, cuando se estudia la naturaleza y límites de estas instituciones, lo importante no es la exactitud del lenguaje, sino el no perder de vista las consecuencias prácticas de las reglas positivas que rigen en la materia; de otra manera solamente se alcanzan vanos ó falsos resultados.

Podemos ahora ocuparnos de apreciar el lugar que ha asignado á la donacion el último autor que en nuestros dias ha tratado este asunto (*o*). Dicho autor clasifica de la siguiente manera los cambios que pueden sobrevenir en el derecho de bienes; estas modificaciones tienen lugar *donandi animo ú ob causam* y esta puede ser: pasada (*solutio*), presente (*permutatio)* ó futura (*creditum*). Como punto de vista general, una clasificacion semejante no tiene valor alguno; y como base de una exposicion científica es estéril y engañosa. Este elemento natural de la donacion que yo considero como su aspecto positivo (§ 142) no hubiera necesitado mas teoría especial que la relacion natural existente entre la posesion y la propiedad. La necesidad de estas teorías se refiere á las reglas del derecho positivo que constituyen la importancia práctica de la posesion y de la donacion. En Meyerfeld, estas reglas positivas revisten la engañosa apariencia de relaciones accidentales y secundarias

---

(*m*) Las pretendidas *Beatitudines possessionis.* V. Savigny Recht des Besitzes.

(*n*) Savigny, § 7.

(*o*) Meyerfeld, I, p. 26 y sig., p. 89—92, p. 425, 426.

que podían desaparecer sin que cambiase esencialmente la teoría de la donacion.

§ CXLIV.—*Donacion.—Definicion. I.—Acto entre vivos.*

Al enumerar los caracteres esenciales de la donacion, he dicho que debe constituirse por un acto entre vivos. Implica esto dos cosas: primeramente, es necesario que se verifique un acto jurídico y por tanto positivo; de manera que una simple omision, á ménos que no lleve en sí un acto real, no puede valer como donacion, propiamente dicha (apéndice IX).—En segundo lugar, este acto debe realizarse entre vivos, y por tanto, queda excluida toda sucesion por causa de muerte. El motivo fundamental de esta última disposicion se refiere á un punto de vista que prevalece en todas las reglas positivas sobre la materia (§ 142, *d*), y que podemos explicar de la siguiente manera. El peligro de la facultad de donar no consiste en la eleccion, acaso irreflexiva, del donatario á cuyo favor se constituye la donacion, sino en la determinacion misma en virtud de la cual el donante se priva voluntariamente de una parte de sus bienes que debería retener y aplicar á sus necesidades; este peligro desaparece enteramente cuando se trata de una sucesion por causa de muerte; pues el que dispone de sus bienes de esta manera, no da voluntariamente lo que podría retener, sino que trata únicamente de elegir las personas que despues de él hayan de recoger estos bienes; y la libertad de elegir estas personas se considera como una facultad ordinaria, natural y sin peligro alguno. Así, pues, las formas y las restricciones impuestas á los actos de última voluntad tienen un motivo diferente y un fin distinto que las establecidas para las donaciones. Por esta causa, respecto á los actos de última voluntad, é independientemente de la ausencia posible de hijos, no ha tenido nunca aplicacion la *lex Cincia,* ni la insinuacion, ni la prohibicion absoluta entre esposos; y de igual manera desaparece en esta materia la regla de la revocacion considerada como excepcion admitida por motivos particulares, en las donaciones: para los actos de última voluntad, la revocacion libre y sin necesidad de motivacion, es la regla general.

Síguese ahora hacer aplicacion de este principio á las

diferentes especies de sucesiones. La sucesion legal no constituye evidentemente una donacion, porque si bien implica una cierta voluntad tácita de parte del difunto, que podía haber nombrado un heredero testamentario, no es éste un acto personal al que pueda referirse el orígen de esta sucesion. En la testamentaría existe ciertamente este acto personal y, sin embargo, no es considerada nunca como *donatio (a)*; y esto acontece por dos razones: primera, toda donacion implica acrecentamiento de un patrimonio y disminucion de otro, cosa que no sucede en la trasmision por sucesion, puesto que en virtud de ella no se disminuye el patrimonio del difunto, antes bien, permanece siempre el mismo y sin otra modificacion que la de pasar á otras manos; segunda: es esencial en la donacion que el donante enriquezca conscientemente al donatario; y precisamente el testador no puede saber con exactitud si enriquecerá á su heredero, porque las desgracias ó las prodigalidades pueden absorver la totalidad de su patrimonio y aun reducirlo á deudas *(b)*.

Bajo esta doble relacion es muy distinto el carácter del legado que el derecho justinianeo identifica con el fideicomiso singular. Aquí, en realidad, pasa una parte de los bienes de un patrimonio á otro, y ordinariamente se sabe con certidumbre que el legado ha de enriquecer al legatario *(c)*. Por esta razon, los antiguos jurisconsultos dan á los legados el nombre de *donatio (d)*; pero esta es una expre-

---

(a) El único texto que parece asimilar la institucion de heredero á una donacion, es la L. 30, pr. ad L. Falc. (XXX, 2): «...ut stipulationes, rerum traditiones, legata, hereditative his (servis) datœ, *ceteræ donationes*, item servitutes...» Pero en este texto no es, en manera alguna, necesario referir *cetœre donationes* á las HEREDITATES que preceden inmediatamente, sino que esta expresion se encuentra suficientemente justificada por las *traditiones* y los *legata*, mencionados antes.

(b) Por más que en la regla la adquisicion por herencia se llame *lucrativa causa* (§ 143, g), no hay en ello contradiccion, puesto que en el momento en que la adquisicion se verifica es fácil conocer la ventaja de la sucesion, que es completamente desconocida cuando se confecciona el testamento.

(c) Digo ordinariamente, porque hay ciertos legados que no enriquecen al legatario, como, por ejemplo, el que consiste en la obligacion impuesta al heredero de vender al legatario un inmueble por su justo valor. L. 66; L. 69, § 8, de leg., I (XXX, un.). Existe en este caso un verdadero legado, aunque no susceptible de fideicomiso, ni sometido á la ley falcidia.

(d) L. 36, de leg., II, (XXXI, un.): «Legatum est donatio testamento

sion impropia, pues el legado no es una verdadera donacion, y ningun jurisconsulto romano ha pensado nunca aplicarle las reglas positivas que respecto á ella rigen, y sobre todo, se opone á que sea considerado bajo tal carácter el principio sentado más arriba sobre la sucesion por causa de muerte.

De igual manera que el legado, la simple *mortis causa capio,* puede á veces ser considerada como una donacion impropiamente dicha. Si, por ejemplo, se hace á Gayo un legado de 1.000 escudos, con la condicion de dar de ellos 300 á Seyo, para la intencion del testador el resultado es el mismo que si Gayo hubiese recibido de la sucesion 700 escudos y Seyo 300. Otras veces, en semejante caso, no existe ni aun esta apariencia, como, por ejemplo, cuando es emancipado un esclavo con la condicion de pagar 100 escudos á Gayo; pues entónces Gayo no recibe nada de los bienes del testador *(e)*. La *mortis causa capio* no constituye nunca una donacion verdadera.

La manumision testamentaria no es una donacion, por la razon sencilla de que el manumitido no recibe parte alguna de los bienes del testador ni ningun derecho que pueda valuarse en dinero; sin embargo, se ha llamado tambien impropiamente *donatio*. Volveré sobre este punto más adelante (§ 148), cuando trate de la manumision entre vivos.

La *mortis causa donatio,* como lo indica esta expresion técnica *(f)*, es, por el contrario, una donacion verdadera, y

---

relicta.» (De Modest.), § I, J. de leg. (II, 20): «Legatum est donatio quœdam á defuncto relicta.»

(e) Tal es el verdadero sentido de una ley de difícil inteligencia, L. 38, de mortis causa don. (XXXIX, 6): «mortis causa capitur *et quod non cadit in speciem* donationis.» Marcelo quiere decir: la *mortis causa capio,* puede tener la apariencia de donacion y no ser una donacion propiamente dicha, como sucede en el primero de los ejemplos que cita el texto; pero existe tambien *mortis c. capio* que no tiene en manera alguna esta apariencia (et quod non cadit in speciem donationis), y Marcelo mismo presenta enseguida algunos ejemplos de esta última clase. Resulta de lo dicho que la *et* del manuscrito de Florencia es indispensable; se ha omitido en la Vulgata, porque entónces no se había comprendido este encadenamiento algo complicado de ideas.

(f) No hubiera aparecido esta expresion técnica en los buenos tiempos de la antigua jurisprudencia, si no se refiriese en realidad á una donacion verdadera, por más que la última legislacion llama *donatio propter nuptias* á lo que no es en modo alguno una donacion. La antigua *donatio ante nuptias,* era una verdadera donacion que en nada difería de las demás y que se hacía notar con este nombre por temor de

en su orígen no era más que una simple donacion. Manifestaré más abajo (§ 172), de qué manera fué adquiriendo, con el trascurso del tiempo, un carácter mixto de donacion y de sucesion testamentaria.

§ CXLV.—V.—*Donacion.—Definicion, II.—Enagenacion.*

He dicho (§ 142) que el segundo elemento esencial de una donacion verdadera es, de una parte, el enriquecimiento, de otra el empobrecimiento. Este elemento de la donacion, examinado atentamente, se subdivide en dos elementos distintos. Es preciso, en primer lugar, que una porcion de los bienes pase de un patrimonio á otro; en segundo lugar, que la donacion dé por resultado que uno de los patrimonios disminuya, mientras que el otro aumente. El primero de estos dos elementos puede existir sin el segundo, y como ejemplo evidente citaré la venta de una casa en su justo valor: la casa pasa de un patrimonio á otro sin que ninguno de ellos se enriquezca ni empobrezca *(a)*. Designo con el nombre de *enagenacion (b)* al primero de estos dos tan distintos elementos; de manera que podemos sentar el principio de que la donacion debe contener una enagenacion; y tal es, en realidad, la base fundamental de toda donacion.

Considerada como enagenacion, la donacion se refiere á diversas instituciones que es preciso enumerar. La primera es la *Pauliana actio,* esto es, el recurso que compete al acreedor contra las enagenaciones fraudulentas hechas en su perjuicio por el deudor; accion que, en cuanto á la revocacion de la enagenacion, se aplica perfectamente á la donacion *(c)*, con la particularidad de que no es necesario que

---

que se la confundiera con una donacion prohibida, que tenía de hecho gran afinidad con ella: la *donatio inter virum et uxorem.* El desenvolvimiento histórico de la nueva *donatio propter nuptias,* que se deriva de la antigua *donatio ante nuptias,* explica y justifica en parte la denominacion inexacta de la *donatio propter nuptias.*

(a) No distinguen generalmente los Romanos estas dos condiciones, que ellos reunen diciendo que una de las partes se hace *pauperior* y otra *locupletior.* V. L. 5, § 8, 16 de don. int. vir. (XXIV, 1). Pero esta distincion es indispensable para un estudio detenido sobre la materia.

(b) Entre nosotros la palabra enagenacion tiene el mismo extricto sentido que los Romanos daban á la suya *alienatio,* es decir, la trasmision de un derecho real. L. 7, C. de rebus alienis (IV, 51).

(c) L. 3, § 2; L. 6, pr. quæ in fraud. (XLII, 8).

el donatario resulte enriquecido; basta cualquiera de estas dos condiciones: que resulte enriquecido por ella, ó que tuviera conocimiento del fraude el deudor *(d)*. La segunda institucion era la *Faviana* y la *Calviniana actio,* establecidas con el siguiente motivo: teniendo el patrono derechos muy extensos sobre la sucesion del liberto, cuando éste intentaba anular estos derechos por medio de enagenaciones fraudulentas, tenía el patrono estas dos acciones contra los terceros detentadores *(e)*. La enagenacion, tal como ha sido determinada para la donacion y la *Pauliana actio (f),* sirve de base á estas dos acciones, y por esta causa las menciono aquí. Con relacion á los terceros detentadores son más extensas que la *Pauliana,* porque no era necesario que hubiesen conocido el fraude ó que la donacion les hubiese enriquecido, para estar obligados á restituir *(g)*. La *condictio indebiti* y el *beneficiun competentiae* se hallan en alguna manera incluidas en el número de las instituciones cuya analogía puede servir para determinar la naturaleza de la enagenacion que necesariamente ha de existir como base de toda donacion. En efecto, tanto la *condictio* como la donacion, implican una enagenacion, *solvendi animo* en el primer caso, *donandi* en el segundo; y el *beneficium competentiae* no es admisible cuando el deudor ha enagenado sus bienes con el propósito de hacerse insolvente.

Despréndese de lo dicho que donde no existe verdadera enagenacion no existe tampoco donacion, aunque el acto

---

(d) L. 6, § 11; L. 25, pr. quæ in fraud. (XLII, 8).—L. 7, 8, 9, eod.—L. 5, C. de revoc. his quæ in fraud. (VII, 75).

(e) L. 1, pr., § 3, 4; L. 3, § 2, 3, si quid in fraud. (XXXVIII, 5). Compréndese que estas acciones no existan en el derecho moderno; pero quedaron, sin embargó, algunas aplicaciones del principio. El impúbero arrogado, debe obtener, á la muerte de su padre adoptivo, la cuarta parte por lo ménos de los bienes de éste. Ahora bien; si el padre adoptivo ha tratado de privarle de este beneficio legal por medio de enagenaciones fraudulentas, puede el arrogado atacar estas enagenaciones por una *actio quasi Faviana* ó *Calviniana.* L. 13, eod.

(f) L. 1, § 6, 7, si quid in fraud. (XXXVIII, 5).

(g) L. 1, § 4, 12, 13, 16, 17, 24, si quid id fraud. (XXXVIII, 5). Si el demandado es tratado aquí con más rigor que en el caso de la *actio Pauliana,* es á causa de que es más fácil conocer la posicion de un liberto que la de un deudor insolvente. De dos compradores ignorantes de estas circunstancias, y por consiguiente de buena fé, perseguidos, uno por la accion *Faviana* y el otro por la *Pauliana,* el primero es más culpable de negligencia que el segundo.

contenga algun otro elemento de ésta última, como, por ejemplo, que el móvil del acto fuese conferir desinteresadamente un beneficio. Los casos de esta especie pueden clasificarse de la manera siguiente:

1 El acto por el cual se expresa la benevolencia no modifica la extension de los bienes.

2 Negligencia de un acrecentamiento posible de riqueza, sin sacrificio de un derecho adquirido.

3 Abandono de una parte de los bienes, en virtud del cual se confiere á una persona un derecho distinto del derecho de bienes.

Empezaré con el exámen de los casos de la primera clase, ó sean aquéllos en que el acto por el cual se expresa la benevolencia y produce el beneficio no modifica la extension de los bienes.

El mandato, es decir, la administracion gratuita de los negocios de otro, el depósito, es decir, la custodia gratuita de la cosa ajena, no constituyen una donacion, por más que el mandato ó el depósito pueda procurar una economía importante al mandante ó al propietario de la cosa depositada *(h)*. Lo mismo sucede con el comodato ó préstamo gratuito de una cosa y con otro contrato análogo, el *precarium (i)*. En todos estos casos no existe donacion, porque la parte actora no modifica en manera alguna la cuantía de sus bienes. ¿Sucede lo mismo cuando la parte actora hubiera podido, en virtud del mismo acto, procurarse una suma de dinero que sacrifica en provecho de otro? Esta cuestion corresponde al exámen de los actos de la segunda clase.

Mucho más importante que la primera es esta segunda clase, la cual comprende los casos en que, sin sacrificar un derecho adquirido, se renuncia á un aumento posible de ri-

---

(h) L. 9, § 3, de j. dot. (XXIII, 3); L. 58, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1). Se reconoce aquí como válido el depósito entre el marido y la mujer, y el mandato entre el marido (ó su hijo) y la mujer; de donde resulta que estos actos no tienen en sí el carácter de donacion.

(i) Podrían oponérseme en este punto los textos siguientes: L. 14 de prec. (XLIII, 26): «... magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii, spectat precarii condictio.» L. 14, § 2, de furtis (XLVII, 2): «... quia simile donatio precarium est.» Aquí, evidentemente, *donatio* está tomada en su sentido general, en virtud del cual se establece entre los actos arriba expuestos y la donacion una simple semejanza, pero no una la identidad real.

queza, sin constituir por consiguiente una donacion. En general, en ninguno de estos casos existe enagenacion *(k)*, y así es que no admiten nunca la aplicacion de la *Pauliana*, ni de la *Faviana (l) actio*, ni la recomposícion ficticia del patrimonio con motivo del *beneficium competentiae (m)*. Cualquiera que sea el desinterés de una de las partes y el beneficio de la otra, en ninguno de estos casos hay donacion; y este es un principio general tan aplicable á la *ley Cincia* y á la insinuacion, como á las donaciones entre esposos de que hablan la mayor parte de los textos, y á la revocacion *(n)*.

Veamos ahora los diferentes casos pertenecientes á esta clase.

No constituye donacion el que un heredero ó un legatario renuncie á la herencia ó al legado con el fin de que se aproveche de dicha renuncia el que despues de él sea llamado; así es que semejante beneficio es permitido entre esposos *(o)* y no da lugar á la aplicacion de las acciones *Pauliana* ni *Faviana (p)*. No hay tampoco donacion cuando inclinamos á un testador á transferir á otra persona el le-

---

(k) L. 28, pr. de V. S. (L. 16). «Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare...»

(l) L. 6, pr. quæ in fraud. (XLII, 8); L. 134, pr. R. J. (L. 17).—L. 1, § 6, si quid in fraud. (XXXVIII, 5).

(m) L. 68, § 1, pro socio (XVII, 2). «Illud quæritur, utrum is demum facere videtur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futuræ actionis, an et qui occasione adquirendi non utitur? Sed verius est de eo sentire Proconsulem, qui erogat bona sua...»

(n) Hé aquí un texto que á primera vista parece contradecir este principio, pero que en realidad lo confirma: «In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocumque modo res alienatæ revocantur: *idemque juris est et si non quæratur:* æque enim in omnibus fraus punitur.» Aquí se reconoce que el dejar de adquirir no constituye ni una donacion ni una enajenacion; pero que el derecho del fisco se extiende á todos estos casos.

(o) L. 5, § 13, 14, de don. int. vir. (XXIV, 1). En este caso no puede evidentemente aplicarse la ley Cincia, ni la insinuacion, pues en primer lugar, estas formas no son las propias de una renuncia explícita de una sucesion ó un legado á favor de una persona determinada, y, en segundo lugar, porque esta restriccion es contraria al gran principio del derecho romano que deja al heredero llamado ó al legatario una libertad absoluta. Yo añado además que en materia de herencia el resultado de la renuncia es incierto, pues aquél en favor del cual se verifica puede no aprovecharse de ella, si él mismo renuncia á su vez, ó muere, ó deja pasar el plazo para hacer la adicion de la herencia.

(p) L. 6, § 2-5, quæ in fraud. (XLII, 8).—L. 1, § 6, si quid in fraud. (XXXVIII, 5).

gado ó la herencia que nos destinaba *(q)*, ni cuando dejamos de adquirir una herencia ó un legado condicional, descuidando voluntariamente el cumplir la condicion *(r)*. Parece que este principio se encuentra en contradiccion con la facultad que tiene la mujer de constituir en dote la sucesion ó el legado á que renuncia en favor de su marido *(s)*; pero no hay en ello contradiccion alguna, pues cuando los esposos están de acuerdo respecto á la constitucion de la dote, la citada convencion no es más que un medio de evitar una formalidad inútil, una especie de *brevi manu facta traditio*, porque la mujer podía evidentemente recoger la sucesion ó el legado y darlo despues en dote á su marido. Constituye, pues, únicamente un medio de facilitar un acto jurídico lícito por un procedimiento que justifican una multitud de analogías no dudosas; y tratar como verdadera donacion la sucesion repudiada *donandi animo*, no seria facilitar las formas de una convencion lícita, sino extender artificialmente las reglas positivas de la donacion á un caso colocado por su propia naturaleza fuera de estas reglas y, por consiguiente, imponer á la voluntad libre injustas restricciones.

(q) L. 31, § 7, de don. int. vir. (XXIV, 1) sobre las relaciones entre esposos.

(r) L. 1, § 6, si quid in fraud. (XXXVIII, 5).—Es preciso incluir en la misma clase el caso de que habla la L. 67, § 3, ad Sc., Treb. (XXXVI, 1) que consiste en que un heredero instituido declare la sucesion sospechosa con el único fin de trasmitirla sin retencion al heredero designado por un fideicomiso. Este texto dice *donationis causa*, pero de una manera impropia, porque este acto no constituye una donacion verdadera. Véase § 152, *g*.

(s) L. 14, § 3, de fundo dot. (XXIII, 5). «Si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit, vel etiam substituto viro omiserit hereditatem, vel legatum: erit fundus dotalis.»—Este texto parece estar en contradiccion con la L. 5, § 5, de j. dot. (XXIII, 3). «Si pater repudiaverit hereditatem dotis constituendæ causa... dotem profectitiam non esse Julianus ait. Sed et si legatum in hoc repudiaverit pater... non esse profectum id de bonis: quia nihil erogavit de suo pater, sed non adquisivit.» Indudablemente la herencia de esta manera rehusada no es *profecta a patre*, y así es que no se le aplica el derecho enteramente positivo de la *profectitia dos*. Para obtener este resultado era preciso que aceptase primero la sucesion y diera despues, como dote, á su yerno los bienes que la componían. Sin este rodeo constituiría siempre una dote, pero no *profectitia*. Por lo demás, en circunstancias semejantes se supone siempre, como en la L. 14 citada, que esto se hace de acuerdo con el marido, porque si por un acto individual el padre ó la mujer renunciaba á la sucesion con el intento dicho, sin estar de acuerdo con el marido, seria este simplemente heredero del legatario sin ninguna obligacion dotal.

No hay enagenacion, ni por tanto, donacion cuando un acreedor á quien se ha prometido una cosa bajo condicion, impide voluntariamente el cumplimiento de la condicion, y por consiguiente la apertura de su derecho *(t)*.

No es tampoco hacer una donacion el dejar perecer voluntariamente una *querela inoficiosi* ó una accion por injurias *(u)*. Si se tratase de otras acciones podría haber enajenacion y por tanto, donacion, porque el derecho de intentar la accion forma ya parte de los bienes; pero en la *querela inoficiosi* y en la accion de injurias sólo existe este derecho de bienes cuando la persona lesionada se determina á intentar estas acciones (§ 73, f, x), de manera que dejándolas perecer se renuncia voluntariamente á adquirir; no se verifica una enajenacion.

§ CXLVI.—*Donacion.—Definicion.* II *Enajenacion.* (Continúa el mismo asunto).

Comprende tambien esta segunda clase otros casos en que la ausencia de una donacion verdadera no es tan evidente como en los que preceden.

He dicho más arriba (§ 145), que el comodato no constituye una donacion, y esto no es dudoso en los casos ordinarios. El que presta gratuitamente un carruaje ó un caballo para hacer un viaje no se empobrece por ello: renuncia solo temporalmente á un servicio que él mismo podría sacar de la cosa prestada. Pero hay ciertas cosas más necesarias que las demás para los usos de la vida. Todo hombre tiene necesidad de una habitacion y, á ménos que no dependa de un jefe de familia, para satisfacer esta necesidad ha de hacerse propietario ó locatario de un inmueble. Recíprocamente el propietario de una casa, generalmente la habita ó la alquila, y es una rara excepcion que la tenga desocupada. Así, pues, el uso de una habitacion puede, mejor que el de cualquiera otra cosa, evaluarse en dinero; y por la importancia misma de los inmuebles el precio de las locaciones está, en general, regularmente establecido. De

---

(t) L. 6, § 1, quæ in fraud. (XLII, 8), sobre la Pauliana.—L. 1, § 6, si quid in fraud. (XXXVIII, 5), sobre la Faviana.

(u) L. 1, § 7, 8, si quid in fraud. (XXXVIII, 5), sobre la Faviana.

aquí resulta que el comodato de una habitacion *(a)* puede ser considerado como donacion verdadera; donacion de la suma que el comodatario hubiese exigido al inquilino si no le hubiese dado la casa en comodato *(b)*. Ordinariamente el propietario sacrifica una suma igual á la que el comodatario economiza; pero si hay desigualdad entre las dos, la donacion vale solamente por la suma menor, pues sólo hasta donde esta importa puede existir la paridad entre la cosa dada y la cosa recibida, que es uno de los elementos esenciales de la donacion. Si, por ejemplo, una habitacion alquilada ordinariamente en 800 escudos, se concede gratuitamente á un indivíduo que, con arreglo á su fortuna, no puede pagar más que 500 escudos de alquiler, recibe éste como donacion los 500 escudos que economiza; los 300 que sacrifica el propietario sirven para aumentar el lujo y los goces del comodatario, pero no lo enriquecen *(c)*. Si, por el contrario, se concede tambien gratuitamente una habitacion de 500 escudos á un indivíduo que gasta ordinariamente 800 escudos en alquiler de casa], solamente hay donacion de los 500 que sacrifica el propietario; en cuanto á los 300 que el comodatario economiza, no los debe, en realidad, á la munificencia del propietario, sino á una pri-

(a) Esto es un verdadero comodato como formalmente lo expresan las L. 1, § 1, comm (XIII,6); L. 17, pr. de præscr. verbis (XIX,5).

(b) L. 9. pr. de don. (XXXIX,5). «In ædibus alienis habitare gratis, *donatio videtur*: id enim ipsum capere videtur qui habitat, *quod mercedem pro habitatione non solvit.*»—Así es que la L. 6 de alimentis (XXXIV,1) coloca la *habitatio* con los *cibaria*, y *vestitus* entre las necesidades imperiosas de la vida, «quia sine his ali corpus non potest.»

(c) Un caso de esta especie en una relacion de derecho semejante es el que menciona la L. 65, § 7, de cond. ind. (XII,6). «Sic habitatione data, pecuniam condicam: *non quidem quanti locari potui, sed quanti tu conducturus fuisses.*» (es decir, si esta última suma es inferior á la primera). De igual manera que, en materia de error, el *solvendi animus* determina la aplicacion de la *condictio*, el *donandi animus* determina la aplicacion de las reglas positivas del derecho sobre las donaciones. En ambos casos la condicion esencial es la enajenacion, es decir el acuerdo de voluntades sobre la cosa dada y recibida, y hé aquí por qué el texto citado se refiere á mi objeto.—Sobre el mismo principio descansa la L. 25, § 16, de her. pet. (V, 3). El que posee de buena fé una sucesion está solamente obligado á restituir el beneficio que ha obtenido, habidas en consideracion sus circunstancias; de manera que si ha consumido provisiones pertenecientes á la sucesion no devolverá sino las que hubiere consumido de sus propios fondos, es decir, lo que ha economizado. «Et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea, quæ, etsi non heres fuisset, erogasset.»

vacion que se impone. Por lo demás, semejante donacion no da lugar frecuentemente á la aplicacion de las reglas positivas que á la donacion se refieren, pues solo se somete á la insinuacion cuando la concesion se hace por un cierto número de años, en cuyo caso puede inmediatamente apreciarse la donacion en una determinada suma de dinero: en defecto de esta cláusula la donacion general se resuelve en otras tantas donaciones particulares, que no están sometidas á la insinuacion (§ 166).

La habitacion del marido en la casa de la mujer no podría ser tampoco considerada como donacion entre esposos, puesto que es una consecuencia natural de la vida comun (§ 152). Otra cosa sucede cuando uno de los esposos abandona gratuitamente al otro una casa, no para habitarla, sino para ejercer en ella una industria, pues una donacion de este género es siempre revocable por causas determinadas.

De igual modo que el comodato, puede el depósito (§ 145) constituir, en ciertos casos, una donacion. Cuando un propietario concede gratuitamente para depositar mercancías un almacen que tiene costumbre de alquilar, el depósito se convierte entónces en una donacion verdadera, porque el uno renuncia por liberalidad á una renta y el otro ahorra un gasto.

Otro tanto puede decirse del mandato que, segun la regla general, no constituye donacion (§ 145). Tratándose de trabajos mecánicos que se ejecutan ordinariamente por dinero *(operae fabriles)*, estos trabajos pueden, como el uso de una casa, evaluarse en dinero *(d)*. Así, pues, cuando dichos trabajos se emprenden gratuitamente en favor de otro que se ahorra el costo, existe verdadera donacion y el empresario de los trabajos puede hacer uso de la *condictio indebiti* si, por error, se creia obligado á ejecutarlos *(e)*. Entre los Romanos, el donante podía ser el obrero mismo si era

---

(d) L. 6, de operis libert. (XXXVIII, 1). «Fabriles operæ ceteræque, quæ quasi in pecuniæ prestatione consistunt.

(e) L. 2. 6, § 12, de cond. ind. (XII, 6). «Sed si operas patrono exhibuit, non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum aud possit condicere?... in proposito, ait, posse condici, *quanti operas esset conducturus...» (esset*, es decir, el *patrono*, y tal es la buena leccion de la Vulgata; el manuscrito de Florencia dice *essem)*.—

libre ó un propietario de esclavos obreros: hoy el primer caso es el único posible.

Si la concesion gratuita tiene por objeto el uso de una finca rústica *(f)*, la donacion ofrece entónces ménos dudas que cuando se trata de una casa, pues el uso de un predio rural consiste en la percepcion de frutos, y por tanto, el objeto de la donacion es la propiedad de los futuros productos. Considerada en su resultado material, esta donacion tiene mucha analogía con la donacion de un usufructo; se diferencia de él, sin embargo, en que no confiere al donatario ningun derecho real. En cuanto á su duracion, ésta donacion no está sometida á ninguna regla; puede ser revocable á voluntad, conferida por un cierto número de años ó, como el usufructo, para toda la vida del donatario, *(g)* y la disposicion siguiente nos muestra una aplicacion pura y simple de este principio: la renuncia que hace el marido en favor de la mujer., de los frutos naturales, ó las rentas de los bienes rurales que componen la dote, constituyen una donacion prohibida *(h)* y con mayor razon si se trata, no de los bienes dotales de la mujer, sino de los propios del marido.

Pudiera creerse á primera vista que el uso de una suma de dinero, á causa de los intereses que puede producir, debe considerarse como donacion, de igual manera que el uso de una casa ó de una finca rústica; pero no sucede así cuando un acreedor por la remision de los intereses futuros transforma su crédito en un crédito no productivo de inte-

---

La L. 25 de præscr. verbis (XIX, 5) parece contradecir este principio; pero la contradiccion es sólo aparente. Esta ley dice que no se puede oponer recíprocamente la condicion por dos trabajos ejecutados, y no expresa que no se pueda reclamar el dinero gastado por el que se aprovecha de los trabajos que, para él, son dinero contante.

(f) L. 9, § 1 de don. (XXXIX, 5). «Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationis non computatur. (Pronto se verá la aplicacion de este principio). *Si vero non fundum sed fructus perceptionem tibi donem, fructus percepti venient in computationemdonationis.*» La *computatio* en el espíritu del jurisconsulto (Pomponio) se refiereá las prescripciones de la ley Cincia, en el espíritu de Justiniano á la insinuacion.—Es una transaccion de igual género que la tratada en la L. 35, § 1, C. de don. (VIII, 54).—En el mismo sentido un usufructuario hace donacion del goce de los frutos á un tercero (§ 156).

(g) Vése en la L. 66 de j. dot (XXIII, 3) y L. 57, sol. matr. (XXIV, 3) como puede asegurarse para el porvenir la renuncia de un usufructo.

(h) L. 22; L. 28, de pactis dot. (XXIII, 4); L. 8, C. de don. int. vir. (V, 16); L. 20, C. de j. dot. (V. 12).

reses, esta transformacion no constituye una donacion verdadera sometida á las restricciones del derecho positivo *(i)*. De igual modo, y con mayor razon, el préstamo sin interés de una suma de dinero no puede considerarse como donacion.

El que solventa inmediatamente una deuda pagadera en muchos años procura á su acreedor el beneficio de la anticipacion de los intereses, y, sin embargo, este pago anticipado no constituye donacion, y por esto es permitido entre esposos *(k)*. No constituye tampoco donacion el transformar por medio de contrato, una obligacion *in diem* en una *præsens obligatio,* pues la modificacion es en este caso menor que en el del pago inmediato. Recíprocamente no es hacer una donacion el trasformar por contrato una *præsens obligatio* en una obligacion *in diem (l)*, pues en todo caso tiene el deudor durante el intérvalo el goce de los intereses, suponiendo que la deuda no devengue interés.

¿Cuál es el motivo de la diferencia entre el uso gratuito de un inmueble y los intereses de una suma de dinero?

(i) L. 23, pr. de don. (XXXIX, 5), «Modestinus respondit, creditorem futuri temporis usuras et remitere et minuere pacto posse: *nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere.*» El *vitium ex summa quantitatis* se refiere á la ley Cincia y á la insinuacion como en la L. 9, § 1, eod. (notá *f*). La *donatio* que aquí se menciona no es una docion propiamente dicha (§ 143, *i*).

(k) L. 31, § 6, de don. int. vir. (XXIV, 1). «Quod vir uxori in diem debet, *sine metu donationis præsens solvere potest:* quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit.» Si pues en un caso semejante ha sido anticipado el pago por error, no hay lugar á la *condictio indebiti.* L. 10, 17, 56, de cond. ind. (XII, 6); L. 88, § 5, de leg. 2 (XXXI, un.)

(l) L. 56, de cond. ind. (XII, 6). «.....pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex die debitor solvi....»; evidentemente porque el acreedor no abandona ni enagena nada, por cuya causa no puede considerarse como donacion. Este principio parece contradicho por la L. 9, pr. de don. (XXXIX, 5). «Potest enim et citra corporis donationem *valere donatio: veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus* ab eo petam.» Abandonar el uso de una suma de dinero no es enagenar los intereses que esta suma puede producir, y este es un principio que reconocen una multitud de textos (nota *h*, *c* y *t*, L. 56 de cond. ind. cit.); así, pues, estas palabras *valere donatio* no designan una donacion verdadera que dé lugar á la aplicacion de las reglas positivas sobre la materia; expresan solamente la posibilidad de una liberalidad permitida, sin constituir una donacion propiamente dicha. ¡La ambigüedad de este texto, acaso venga de la omision de algunas palabras relativas á la ley Cincia.

Esta diferencia se explica por una consideracion muy natural. Es muy raro que un propietario no saque provecho alguno de un inmueble, ya sea ocupándolo él mismo, ya sea dándolo en arrendamiento; y si esto acontece alguna vez, debe ordinariamente atribuirse á una mala administracion. No sucede lo mismo con una suma de dinero, pues el propietario puede tener muchos motivos para guardarlo sin sacar de él interés, puede tambien emplearlo en comprar muebles, obras de arte, etc., cosas igualmente improductivas. En una cierta medida, todo propietario hace un empleo muy semejante de su dinero; ¿y dónde se encontraría el límite entre lo mucho y lo poco? Así, pues, aunque el derecho positivo considere el dinero como susceptible siempre de ganar un interés, y éste es el único fundamento de los intereses moratorios, la realizacion de esta posibilidad no resulta ménos arbitraria. Es por consiguiente muy lógico admitir que cuando un propietario abandona gratuitamente el uso de un inmueble hace un sacrificio pecuniario, es decir, una enagenacion, y que no se verifica ninguna enagenacion en el préstamo de una suma de dinero sin interés. En lugar de guardar el dinero en su caja, puede el propietario encontrar más seguro y más cómodo el confiarlo sin interés á un deudor rico ó de una solvabilidad cierta.

Por iguales motivos hay donacion, por el contrario, cuando un acreedor concede á un tercero el uso de un capital colocado ya á interés, pues le da precisamente el importe de los intereses, y es indiferente que la donacion se verifique por medio del deudor. De idéntica manera cuando una mujer constituye en dote una suma que promete pagar con intereses, si el marido, remitiendo los intereses futuros, cambia la naturaleza de la deuda, constituye una donacion prohibida *(m)*, pues, en efecto, hasta tanto que se verifique el pago del capital, la dote se compone solamente de estos intereses, y el marido no puede renunciar el goce de la dote á favor de la mujer, porque esto constituye una donacion prohibida *(n)*.

(m) L. 21, § 1, L. 54, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(n) Sin duda es preciso entender de otra manera el *tempore plus petere* del § 33, J. de act. (IV, 6) donde se trata indudablemente de una pérdida de intereses. Pero el *plus petere* abraza todo lo que agrava la posicion del deudor por más que no pueda apreciarse como una pérdid

§ CXLVII.—*Donacion.—Definicion* II. *Enagenacion.*— (Continúa la misma materia.)

Los casos mencionados en la indagacion anterior toman un aspecto muy diferente cuando la donacion tiene por objeto, no el uso ó los frutos de una cosa, sino la cosa misma. ¿Cuál es entónces la influencia de las reglas positivas sobre los frutos producidos posteriormente por la cosa? Examinemos primeramente bajo esta relacion la donacion de una finca rústica *(a)*. Para saber si la donacion está sometida á la insinuacion, se examina solamente el valor del inmueble, de manera que si este valor no alcanza al fijado legalmente, la donacion es válida, sin tener en consideracion el aumento progresivo que puede resultar de los frutos que produzca *(b)*; y si el valor del inmueble excede del tipo legal, por ejemplo, 1000 ducados en vez de 500, á falta de insinuacion, la donacion es nula respecto á la mitad, y por esta mitad revocable; pero no procede nunca la repeticion de frutos, los cuales forman otras tantas donaciones particulares, no sujetas á la insinuacion (§ 166).

Es cuestion muy delicada la de saber si entre esposos, la revocacion de la donacion de una finca rústica entraña la repeticion de frutos entónces existentes. Segun Ulpiano, esta cuestion debería resolverse siempre negativamente *(c)*. Pomponio establece una distincion entre los frutos producidos á causa del cultivo y los frutos naturales, y dice que únicamen-

---

determinada de dinero. Así, independientemente de los intereses, el *plus* podría consistir en que el deudor tuviese más dificultad en reunir dinero que en la época del vencimiento de la deuda.

(a) He escogido este ejemplo á causa de su evidencia y de la importancia de su objeto; pero no tengo necesidad de decir que los mismos principios se aplican á todos los frutos naturales, como, por ejemplo, á la cria y á la lana de un rebaño.

(b) L. 9, § 1, de don. (XXXIX, 5) en su primera decision (§ 146, f), L. 11, eod. «Cum *de modo donationis* quœritur, neque pactus nomine, neque fructum, neque pensionum, neque mercedum ulla donatio facta esse videtur.» (V. § 143, 1).—Estos dos textos, en el espíritu de su autor, se refieren la L. Cincia y en el de Justiniano á la insinuacion.

(c) L. 17, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). «De fructibus quoque videamus, si ex fructibus prœdiorum, quœ donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant? Et Julianus significat, fructus quoque, ut usuras, licitam habere donationem).»

te estos últimos están sugetos á la repeticion *(d)*. Podría tratarse de conciliar estos dos textos, considerando el segundo como desenvolvimiento del tercero, y por tanto, como el único obligatorio; pero esto no es más que eludir la dificultad que permanece de igual manera que antes, por las siguientes razones. Primera: esta distincion entre las dos clases de frutos es vaga é incierta y carece de fundamento, porque los frutos cultivados despues de sacar los gastos de cultivo, dan un beneficio líquido; y por otra parte, ¿de dónde provendría la renta que representa este producto líquido que llega á manos del propietario sin ningun trabajo por su parte? Segunda: se encuentra en contradiccion con la regla expuesta más arriba (§ 146, f, h) que establece que el abandodono y goce de los frutos se considera como donacion y, por tanto, está prohibido entre esposos; regla que sería eludida por cualquiera de ellos, haciéndose donar el inmueble mismo, puesto que la revocacion de la donacion no exigiría la devolucion de los frutos en el intérvalo percibidos. Tercera: una ley formal declara que la remision de la dote á favor de la mujer, durante la existencia del matrimonio constituye una donacion prohibida, y que, en este caso, toda la donacion, y, por consiguiente, los inmuebles que de ella dependen y los frutos percibidos en el intervalo, deben ser restituidos al marido *(e)*; y lo que se dice de los inmuebles dotales ¿nó debe aplicarse, y con más razon, á los inmuebles del marido? Citaré por último un texto en el cual Marcelo, con motivo de la donacion entre esposos de una finca rural, decide que los frutos forman parte de la donacion y caen bajo la prohibicion, como el inmueble mismo *(f)*.

(d) L. 15, de usuris (XXII, 1). «Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit (es decir, hay derecho de apropiárselos): illos tamen, quos suis operis adquisierit, vetati serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex silva cœdit, no fit ejus (sicuti nec cujus libet bonæ fidei possessoris): quia non ex facto ejus is fructus nascitur.»

(e) L. un. C. si dos (V. 19), es decir, L. 3, C. Th. de j. dot. (III, 13), Nov. 22, C. 39.

(f) L. 49, de don. int. vir. (XXIV, 1). Una mujer dona á su marido la propiedad de una finca con la condicion de que, despues de la muerte de ésta, vuelva la propiedad al hijo nacido de su matrimonio. «....Si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quœsitus est, *nihil valebit traditio: id est si hoc exigit uxor ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus.*» Así, Marcelo dice que, en virtud de esta donacion, escaparían á la prohibicion los frutos, lo cual no debe ser.

De todo ello resulta que esta cuestion dividía á los jurisconsultos romanos. Marcelo sostenía la opinion más consecuente; Ulpiano, que invoca la autoridad de Juliano, excluye todos los frutos de la donacion; Pomponio adopta un término medio, distinguiendo dos clase de frutos. Siguiendo el espíritu de la legislacion justinianea, se podría adoptar la conciliacion propuesta más arriba entre Ulpiano y Pomponio, como medio de resolver una antinomia; pero entónces no tendríamos un concepto exacto de la verdadera opinion de Ulpiano.

Aquilatando las razones alegadas, puede admitirse con probabilidad de acierto que, en los textos citados, Ulpiano y Pomponio se han dejado inducir á error por la analogía aparente que existe entre los frutos y el interés del dinero, (*g*) de que hablaré en seguida, y por tanto que es preciso admitir con Marcelo que la donacion de frutos de toda especie es nula y está sujeta á revocacion. Y si en presencia de los textos de Ulpiano y Pomponio parece esta doctrina muy aventurada, no hay más que adoptar la distincion de éste último, salvo la excepcion de los inmuebles dotales dados por el marido á la mujer, sin inquietarse de la inconsecuencia de la regla y de la excepcion, y sin inquietarse tampoco del texto contrario de Marcelo, que trata la cuestion á propósito de una sola especie, y no da una decision aislada. Por lo demás, cualquiera que sea la opinion que se adopte relativamente á los frutos de una finca rústica, lo cierto es que tratándose de una casa, la prohibicion de la donacion entre esposos, comprende tanto los alquileres, como la casa misma (*h*); y que, cuando se revoca la donacion de una finca rústica por una causa determinada, como por ejemplo, la ingratitud, la revocacion,—y esto no se ha contradicho nunca,—se aplica tanto á los frutos percibidos, como al inmueble mismo.

Cuando el objeto de la donacion es una suma de dinero,

(*g*) Estas palabras: «fructus quoque, *ut usuras,* etc.»; (nota *c)* favorecen esta induccion.

(*h*) No solamente á causa de la identidad de su naturaleza, sino tambien á causa de la L. 11, de don. (XXXIX, 5) «*neque pensionum,* neque mercedum» (nota *b*). *Pensio* se aplica especialmente al alquiler de las casas, sentido que confirma por otra parte el ir acompañada de la expresion más general de *mercedum;* así, pues, las dos frases significan los alquileres y las rentas.

aparecen las mismas cuestiones respecto á los intereses futuros. En lo que toca á la insinuacion, no tengo necesidad de decir que una donacion inferior á 500 ducados, no se considera donacion importante, por más que con los intereses pueda en adelante pasar de 500 ducados. De igual manera, si se hace sin insinuacion una donacion de 800 ducados, y más tarde se revoca por los 300 que exceden de la fijacion legal, no tiene el donante derecho á reclamar los intereses de esta suma. Y, si entre esposos se verifica la donacion de una suma de dinero que más tarde se revoca, no debe el donatario los intereses *(i)* á causa de la diferencia más arriba señalada, entre el interés del dinero y los alquileres de una casa ó los frutos de una finca rústica. Esta regla parece, sin embargo, que debe sufrir una excepcion. Cuando el marido ha recibido en dinero una dote y despues regala una suma de dinero á su mujer, verifica, cualquiera que sea el nombre que se le dé á este acto, una restitucion total ó parcial de la dote; ahora bien, esta restitucion puede siempre ser atacada y anulada con todas sus consecuencias, porque se considera como donacion prohibida (nota *e*), en cuyo caso los intereses son enteramente asimilados á los frutos, en vista de que el fin de la constitucion de una dote en dinero, és el goce de los intereses, y este fin es incompatible con la donacion del marido á la mujer. Por último, cuando la donacion de una suma de dinero se revoca por una causa determinada, como por ejemplo, por causa de ingratitud, no tiene derecho el donante á reclamar los intereses.

La cuestion que acabo de examinar con motivo de la donacion de un inmueble ó de una suma de dinero, esto es, la de saber si los frutos y los intereses están comprendidos en la donacion de la cosa principal, se ofrece tambien con respecto á otras instituciones, y nos proporciona referencias y semejanzas muy instructivas. Así sucede, por ejemplo, respecto á la accion *Pauliana*. Cuando un deudor insolvente verifica fraudulentas enajenaciones, el adquirente, cómplice del defraude, es tratado con el mayor rigor; debe, no solamente los frutos de los inmuebles enajenados, sino tambien

---

(i) L. 7, § 3, in. f.; L. 15, § 1; L. 16; L. 17, pr. de don. int. vir (XXIV, 1). Tan razonable principio ha dado lugar, en virtud de una falsa analogía á la decision errónea sobre los frutos de los inmuebles (nota *g*).

los intereses de las sumas pagadas ántes de su vencimiento *(k)*. Todo esto no es más que un justo castigo del *dolus*. Si, por el contrrrio, no es cómplice del defraude, conserva los frutos posteriores á la enajenacion, porque no formaban todavía parte de los bienes del deudor *(l)*. El que recibe un préstamo sin interés, como recompensa de una accion injusta intentada contra un tercero *(calumnia)*, es condenado á pagar el cuádruplo de estos intereses *(m)*.

§ CXLVIII. — *Donacion.* — *Definicion.* — 2 *Enajenacion.* (Continuacion).

Tratemos ahora de abrazar bajo una ojeada el conjunto de los casos de la segunda clase, esto es, aquéllos que no constituyen donacion, porque se renuncia, á un derecho á adquirir sin sacrificar un derecho adquirido (§ 145). El caso mas evidente es el que consiste en renunciar á una sucesion ó á un legado para que un tercero se aproveche de la renuncia (§ 145); pues éstos son acontecimientos fortuitos, con los cuales nadie puede contar con seguridad. Semejante extension del patrimonio, depende enteramente de nuestra voluntad, y su principio es completamente distinto de los bienes que forman su objeto. Existen, por el contrario, bienes que, en virtud de su naturaleza, producen un acrecentamiento de riqueza que el propietario adquiere sin ningun acto especial de su voluntad, y que abandona solamente por una determinacion enteramente excepcional; este acrecentamiento de riqueza nada tiene de accidental, pues proporciona generalmente la satisfaccion de necesidades ordinarias de la vida. Tales son el alquiler de una casa y los frutos ó las rentas de una finca rústica (§ 146). La regularidad de este acrecentamiento hace que se considere por anticipacion como parte integrante de nuestros bienes, y por tanto,

---

(k) L. 10, § 12, § 19-22, quæ in fraud. (XLII, 8); el § 5 habla expresa mente de la connivencia la cual se supone siempre en los párrafos que le siguen. L. 17, § 2, eod.

(l) L. 25, § 4, 5, 6, quæ in fraud. (XLII, 8) (de Venuleyo). En lo que respecta á la enajenacion de los frutos, esta ley reproduce evidentemente el principio que establecen Ulpiano y Pomponio, relativamente á las donaciones entre esposos (notas *c, d)*; y sin embargo, Venuleyo no habla de la distincion hecha por Pomponio en la L. 45, de usuris.

(m) L. 2, de calumniatoribus (III, 6).

como el objeto de una enajenacion y de una donacion verdaderas. Los intereses del dinero forman el término medio entre estas dos clases de adquisiciones. Mucho ménos fortuitos que las sucesiones y los legados, carecen de la regularidad y de la uniformidad de los productos de un inmueble; así es que los intereses del dinero no entran generalralmente en la esfera de las donaciones; y cuando esto acontece, no es como simple consecuencia de la enajenacion, sino porque las circunstancias particulares del acto indican la intencion de donar (§ 146, 147).

Hé aquí un caso que podría considerarse erróneamente en contradiccion con la regla sentada más arriba. Si en el momento de enajenárseme una cosa á título de venta ó de donacion, encargo al que me la enajena que la dé á un tercero en mi nombre, este mandato equivale por mi parte á una donacion verdadera *(a)*. Rigurosamente hablando, el derecho renunciado en este caso, es un derecho á adquirir, no un derecho adquirido; sin embargo, este caso difiere esencialmente de los enumerados más arriba. En realidad, no es más que un medio, frecuentemente usado, de facilitar y de abreviar la operacion; se supone que la cosa me ha sido entregada realmente, y que en seguida la he trasmitido á un tercer donatario.

Réstame ahora examinar la tercera clase de casos, en los cuales no hay donacion á causa de la falta de enajenacion (§ 145), es decir, aquéllos por los cuales una de las partes abandona efectivamente una porcion de sus bienes, adquiriendo la otra un derecho completamente separado de estos bienes.

Tal era en derecho romano la manumision de los esclavos. Es indudable que el señor que manumitía un esclavo sacrificaba por liberalidad una propiedad que le pertenecía, y que por su parte se encontraban cumplidas las condiciones esenciales de la donacion. Es indudable tambien que el esclavo emancipado recibía el mayor beneficio que un hombre puede obtener de otro hombre, la libertad; pero no constituía un derecho de bienes *(b)* y erraría completamente el

---

(a) L. 3, § 12, 13; L. 56, de don. int. vir. (XXIV, 1).
(b) L. 106, de R. J. (L. 17). «Libertas inæstimabilis res est.» No es esta una excepcion figurada que designe un valor considerable, sino que

que creyera que el señor trasmitía al manumitido la propiedad sobre sí mismo como tal esclavo; pues esta propiedad queda completamente anulada por la manumision que crea un hombre libre, un sujeto con la capacidad de derecho. Así la manumision, ora sea testamentaria, ora se verifique entre vivos, no es una donacion; y de hecho, jamás se ha pensado aplicarle la *lex Cincia,* ni más tarde la insinuacion. Más de una vez, sin embargo, la vemos en los textos llamada *donatio(c);* pero es en el sentido impropio de la palabra.

La emancipacion de los hijos tiene de comun con la manumision de los esclavos que el hijo adquiere tambien un derecho que nada tiene que ver con dichos bienes, la independencia; pero como el padre no abandona por su parte ningun derecho de bienes, ofrece la emancipacion de los hijos aun ménos analogía con la donacion que la manumision misma *(d).*

Cuando el pueblo, ó más tarde, el emperador, por un decreto, confería á un extranjero el derecho de ciudad, no había en ello ciertamente donacion verdadera. Gayo, sin embargo, llama á este acto *donare (e).* Hago esta indicacion, no para prevenir un error que es imposible en este caso, sino para probar hasta qué punto eran escrupulosos los jurisconsultos romanos, en el empleo de esta palabra.

§ *CXLIX.—Donacion.—Definicion.*—13. *Enriquecimiento.*

He dicho que el tercer elemento de una donacion verdadera era el enriquecimiento del donatario (§ 145), y me falta mostrar de qué manera se distingue este elemento del segundo, ó sea de la simple enagenacion. Hay enriquecimiento en el donatario cuando el valor total de su patrimo-

---

significa la negacion absoluta de todo valor venal: dinero y libertad son dos cosas que no pueden medirse una por otra; Ulp., II, 2. «... nec pretii computatio pro libertate fieri potest.» V. Gayo, II, § 265, § 7, J., qui et quib. ex causis (I, 6); L. 176, § 1, de R. J. (L. 17).

(c) Meyerfeld, I, p. 48, 49, cita un gran número de textos sobre este punto.

(d) La L. 6, § 3, C. de bonis quæ lib. (VI,61) es verdad que dice: «majores qui emancipationem *donant*»; pero esta no es una donacion propia mente dicha.

(e) Gayo, I, § 94; III, § 20.

nio se encuentra definitivamente aumentado por la donacion.

Tres causas pueden impedir que la adquisicion de un derecho de bienes por consecuencia de una enagènacion constituya enriquecimiento.

1.° El acto jurídico puede ser de tal naturaleza, que, si bien no aumente la extension ó cuantía de los bienes, asegure el ejercicio ó la persecucion de un derecho existente.

2.° La ganancia puede estar compensada por un sacrificio equivalente que hace el adquirente del derecho.

3.° El enriquecimiento primitivo puede perderse en adelante.

Examinemos sucesivamente estos diferentes casos.

Respecto al primer caso. Cuando el acto jurídico afecta, no á la extension de los bienes, sino al goce, hay que rechazar desde luego la existencia de una donacion, aunque una de las partes haya obrado con una intencion bienhechora y la otra haya sacado del acto un beneficio real.

Así, pagar al contado ó *expromittere* una suma debida *naturaliter* no es hacer una donacion, por más que se satisface voluntariamente una deuda que el acreedor no podía reclamar ante los tribunales: extension de los la bienes no se aumenta por ello *(a)*. Hé aquí por qué la mujer que se reconstituye una dote no hace una donacion *(b)* pues está obligada *naturaliter (c)*.

El poseedor de una cosa ajena que ántes de toda reclamacion la devuelve espontáneamente al propietario, acaso destituido de pruebas, no verifica donacion alguna, porque la extension de los bienes no experimenta ninguna modificacion por este acto. Esta verdad puede generalizarse aún más y traducirse en la regla siguiente: la posesion no forma nunca la materia de una donacion verdadera, porque

---

(a) L. 19, § 4, de don. (XXXIX,5). «Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit: *non erit donatio, sed debiti exsolutio.*» Sobre la *naturalis obligatio* que en este caso existe, véase más arriba § 65, *i.*—En este caso tambien el pago hecho por error, no dá lugar á la *condictio indebiti.* L. 64, de con. ind. (XII,6), «naturale agnovit debitum.»

(b) L. 9, § 1, de cond. causa data (XII,4); L. 21, § 1, de don. int. vir. (XXIV,1); L. 19 de O. et A. (XLIV,7).—Este principio se encuentra tambien justificado por otros motivos de que hablaré más adelante.

(c) L. 32, § 2, de cond. ind. (XII,6)

la posesion es, por su propia naturaleza, un hecho y no un derecho. La posesion es únicamente el ejercio de la propiedad, y así, en el lenguaje jurídico, el propietario no es más rico porque posea, ni más pobre porque sea desposeidó. Por esta causa la posesion no admite sucesion jurídica, de manera que cada uno de los adquirentes comienza una posesion nueva. Y hé aquí tambien por qué la prohibicion de las donaciones entre esposos no impide que entre ellos se trasmita la simple posesion, que, en este caso, adquiere válidamente el esposo; pero no la propiedad, ni la *civilis possessio*, las cuàles exigirían una *justa causa* que no existe en la donacion de la simple posesion *(c 1)*.

La caucion de una deuda no constituye nunca una donacion á favor del acreedor, aunque el deudor fuera insolvente, puesto que la caucion no hace más que garantizar la persecucion de un derecho ya existente *(d)*.

El deudor, aún el insolvente, que constituye una prenda no hace donacion al acreedor, pues para éste, la prenda es solamente garantía de un derecho adquirido *(e)*. La prenda constituida en garantía de la deuda de un tercero no es donacion, como no lo es la caucion de esta misma deuda *(f)*. La remision de un derecho de prenda, á favor del deudor, no es tampoco una donacion, porque, subsistiendo siempre el crédito, no se disminuyen los bienes *(g)*;

(c 1) Para la prueba y desenvolvimiento de lo dicho aquí sobre la posesion, véase, Savigny, Recht des Besitzes, § 5 y 7, p. 71,75.—6.ª ed.

(d) L. 1, § 19, si quid in fraud. (XXXVIII,5). Puede haber aquí donacion hecha al deudor, cuando no se intenta reclamar en virtud de la *actio mandati* ó *negotiorum gestorum* la suma por él pagada.

(e) La insolvencia presente ó posible del deudor no da carácter de donacion á la constitucion de una prenda, como tampoco ofrece este carácter el pago. Sin duda que en semejante caso se puede ejercitar la *Pauliana*, L. 22; L. 6, § 6, quæ in fraud. (XLII,8), pues esta accion no supone necesariamente un beneficio realizado. § 145, *d*.

(f) L. 1, § 19, si quid in fraud. (XXXVIII,5).—La constitucion de una prenda de igual manera que la caucion pueden constituir una donacion á favor del deudor (nota *d*.)

(g) L. 1, § 1, quib. modis pign. (XX,6). Este texto se refiere sin duda á la ley Cincia y ha sido interpolado (Zei schrift. gesch. Recht-swiss.. IV,44). Si el deudor había hecho, por donacion, remision de la deuda, por este mismo hecho había renunciando al derecho de prenda. La ley Cincia declaraba nula la donacion en lo que no se refería al abandono del derecho de prenda: «quoniam inutilem pecuniæ donationem lex facit, *cui non est locus in pignore liberando*; » es decir, que la remision de la prenda no es donacion. La L. 8, § 5, cod., léjos de contradecir este prin-

asi es que dicha remision es válida entre esposos *(h)*.

La aceptacion de una deuda sometida á una excepcion, no es una donacion, porque esta formalidad no hace más que sancionar un derecho existente (§ 158, *d)*.

Respecto á la segunda clase. No hay enriquecimiento cuando el adquirente hace un sacrificio igual ó semejante á la ganancia que recibe. Los casos de esta especie suponen un acto complejo cuya naturaleza es incompatible con la *lucrativa causa*, elemento esencial en toda donacion (§ 143). Estos casos pueden revestir las diferentes formas que á continuacion se expresan.

La prestacion recíproca puede haber tenido lugar en tiempo pasado. Así, el pago de una deuda no constituye donacion, porque ordinariamente el acreedor ha sacrificado en una época anterior el equivalente de lo que ahora se le entrega.

Las dos prestaciones pueden tener lugar simultáneamente, como sucede en la venta y en el cambio, cuando las dos partes ejecutan inmediatamente el contrato. El pago de una deuda, caso de que acabo de hablar, puede tambien servir aquí de ejemplo, porque siempre el acreedor, además de lo que anteriormente ha entregado, remite ó anula el título de su crédito; el cual formaba parte de sus bienes. De igual manera, el cumplimiento de una promesa de donacion, regularmente hecha, no es más donacion que el pago de una deuda; y, por la misma causa, una vez insinuada la promesa de donacion de una suma importante, no necesita nueva insinuacion el acto del pago. Cuando por contrato, y antes del matrimonio, se ha prometido una do-

---

cipio lo confirma, pues opone el *donare* á la remision de la prenda y prohibe una y otra cosa al administrador de un peculio.—La remision de una prenda puede dar lugar á la *Pauliana*, (véase nota *e*). L. 2, L. 18, quæ in fraud.(XLII,8).—Cuando la remision de la prenda resulta de un legado, cosa que es permitida (L. 1, § 1, de lib. leg. XXXIV,3), esta remision no enriquece al deudor, y por esta causa no puede formar el objeto de un fideicomiso, L. 3, § 4, de leg., 3 XXXII,1).

(h) L. 18, quæ si fraud., (XLII); L. 2, C. ad Sc. Vell. (IV,29); L. 2, quib. mod. pign. (XX,6).—Es indudable que la mujer no puede renuciar al derecho de prenda que la ley le concede por sus repeticiones dotales. (L. 1, § 15, C. de r. u. a. V,13); pero no es á consecuencia de la prohibicion de las donaciones, sino de la regla completamente distinta que establece, que en materia de derechos dotales la condicion de la mujer no puede empeorarse por contrato (deterior fieri condictio mulieris).

nacion, el pago de la suma en que consista, hecho durante el matrimonio, es un acto lícito. Tambien resulta ahora explicado de una manera más completa el principio establecido precedentemente (nota *a*), de que el pago de una *naturalis obligatio* no es una donacion. En efecto, en este acto, se cambia para el pago la *naturalis obligatio*, que si bien no da lugar á una accion, forma al ménos parte integrante de los bienes, pues un deudor leal habría de pagar voluntariamente, y hacemos caso omiso de los medios indirectos de coaccion que pueden ejercitarse, como la compensacion, por ejemplo. Recíprocamente, el pago de un *indebitum*, hecho conscientemente *(i)*, constituye siempre una donacion, porque el *indebitum* no forma en realidad parte de los bienes, por más que ofrezca esta falsa apariencia.

Por último, la prestacion recíproca puede verificarse en un tiempo futuro. Así, el que contrae un préstamo se obliga, al recibir el dinero, á devolverlo más tarde.

En estos casos, cuando la prestacion recíproca es igual ó superior á la adquisicion presente, esta adquisicion no puede contener nunca una donacion; pero si esta prestacion tiene ménos valor, puede la adquisicion revestir carácter de donacion verdadera. Todo depende de la intencion del donante, y, cuando es de donar, resulta del acto un negocio mixto *(negotium mixtum cum donatione)*, cuya naturaleza particular determinaré más adelante.

He dicho, en tercer lugar, que no hay enriquecimiento, y por tanto donacion, cuando el derecho adquirido llega á perecer, desapareciendo el enriquecimiento primitivo. En los casos anteriores la donacion no ha existido nunca; en este, por el contrario, el acto que era primero una donacion deja más tarde de serlo. Esta circunstancia tiene, pues, el efecto de detener las consecuencias de la donacion, ó en otros términos, la donacion revocable por haberse hecho violando el derecho positivo, no puede ser revocada desde el momento que no enriquece ya al donatario.

Al tratar de las donaciones entre esposos es donde los jurisconsultos romanos han desenvuelto y determinado rigurosamente los principios de esta difícil materia. Voy pues, á ocuparme primero de esta materia con respecto á

(i) **Véase apéndice VIII, Núm. XXXVI (nota *e*)**

las donaciones entre esposos, y despues se hará separadamente la aplicacion de estas reglas á la insinuacion y á la revocacion por causas determinadas.

La pérdida del derecho conferido por la donacion no es, sin embargo, bastante para impedir en absoluto las consecuencias atribuidas á la donacion por el derecho positivo; y de aquí la necesidad de distinguir con gran cuidado los diferentes casos que pueden ocurrir. Puede el derecho fenecer pura y simplemente ó bien trasformarse en un segundo derecho que sustituya al primero. A su vez la pérdida del derecho puede resultar de la voluntad misma del donante, de un accidente fortuito, ó del libre arbitrio del donatario. Voy á examinar sucesivamente estos diferentes casos, considerándolos primero solamente con relacion á las donaciones entre esposos. El objeto práctico de esta indagacion es, por consiguiente, determinar dentro de que límites hay lugar á la revocacion, cuando el derecho conferido ha perecido para el esposo donatario.

§ CL. — V. — *Donacion.* — *Definicion.* — 3. *Enriquecimiento.* (Continuacion).

Si la pérdida del derecho resulta de la voluntad del donante, ninguna reclamacion puede éste ejercitar contra el esposo donatario. Supongamos que el donatario haya estado obligado desde el principio á trasferir la cosa á un tercero; en este caso el goce intermediario y provisional de la misma puede constituir una donacion (§ 147); pero, en cuanto á la cosa principal, una vez trasferida no queda traza alguna de donacion *(a)*. De igual manera sucede cuando la convencion interviene más tarde pero que se ejecuta efectivamente *(b)*. El donatario puede tambien con arreglo á la voluntad expresa del donante, aunque no se haya contratado obligacion alguna, emplear la cosa de manera que se pierda la propiedad de ella. Así, pues, la donacion que un marido hace á su mujer de un terreno para erigir una tumba ó para cualquier otro destino que lo ponga fuera del comercio es una donacion válida. Sin embargo, por temor de

---

(a) L. 49, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 5. § 9, de j. dot, (XXIII. 3).
(b) L. 34, de don. int. vir. (XXIV, 1). Fragm. Vat. § 269.

que se eluda por este medio la prohibicion, se suspende la trasmision de la propiedad hasta tanto que el terreno no ha recibido su aplicacion *(c)*. Cuando se enajenaba un esclavo para que fuese manumitido por su nuevo señor no habia ordinariamente donacion ó, cuando más, habia solamente la donacion parcial de los servicios del esclavo hasta el momento de la manumision *(d)*; por esto, semejante acto era lícito entre esposos *(e)*, y en tál caso la propiedad no se trasmitía hasta el momento de la manumision *(f)*, sin que se considerase nunca como donacion el uso que un esposo hacia del esclavo perteneciente al otro cónyuge (§ 152). Indudablemente adquiría el donatario el importante derecho de patronato; pero este derecho, que no tenía valor venal, no salia de los bienes del donante *(g)*. Aun en el caso de que, á cambio de la manumision, se recibiese dinero ó se prometieran servicios, no constituían donacion estas ventajas, á pesar de su valor pecuniario, porque no salían de los bienes del donante *(h)*. Así, pues, en los casos que acabo de enumerar, ó no hay donacion verdadera, ó ha cesado de existir desde el momento en que el derecho perece.

Si el fenecimiento del derecho acontece por consecuencia de un accidente fortuito, como incendio, temblor de tierra, robo á mano armada, etc., el donante no tiene repeticion alguna que ejercitar, y la donacion queda completamente anulada con todas sus consecuencias *(i)*; pero ha

---

(c) L. 5, § 8, 12, de don. int. vir. (XXIV, 1). En este caso no hay donacion aunque con el fin indicado haya querido la mujer comprar el terreno de su propio peculio ahorrado por ella; sin embargo, si se trataba de una casa, la economía del alquiler constituía una donacion. Sobre esta contradiccion aparente, véase § 151, g.

(d) L. 18, § 1. 2, de don. (XXXIX, 5). Cf. Meyerfeld, I, 413.

(e) Ulpiano, VII, § 1; Paulo, II, 23, § 2; L. 109, pr. de leg., 1 (XXX, un); L. 22, C., de don. int. vir. (V, 16).—En éste, como en otros muchos casos, Paulo duda sobre el verdadero motivo de la decision: «...donatio favore recepta est, vel certe quod nemo ex hac fiat locupletior.» Este último motivo es perentorio y excluye absolutamente al primero.

(f) L. 7, § 8, 9; L. 8; L. 9, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1).

(g) L. 5, § 5, de præscr. verbis (XXIX, 5): «...An deducendum erit, quod libertum habeo? *Sed hoc non potest aestimari.*»

(h) L. 9, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 62 sol. matr. (XXIV, 3).

(i) L. 28, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1): «Si id quod donatum sit, *perierit*, vel cosumtum sit, ejus qui dedit est detrimentum: merito, *quia manet res ejus qui dedit suamque rem perdit.* Este texto habla de dos casos completamente distintos: el *perire* y el *consumi*. Me ocupo aquí

existido, en realidad hasta el momento de la pérdida. Lo que digo de la pérdida total se aplica igualmente á la parcial; y tal es, entre otros, el caso en que, por efecto de causas generales, la cosa donada ha disminuido de valor.

Paso á los actos de la tercera clase; á aquellos en que la pérdida resulta de un acto voluntario del donatario. Estos son los más frecuentes y tambien los más difíciles. Veamos, primero, cómo deberían ser considerados segun las reglas generales del derecho. El esposo donatario posee á sabiendas la cosa de otro, puesto que sabe que una donacion ilícita no trasfiere la propiedad *(k)*. En su consecuencia, si el esposo, donatario de una suma de dinero, la ha donado á su vez ó disipado en el juego, el otro esposo puede reclamar su valor en virtud de una condictio *sine causa* ó *ex injusta causa (l)*, de igual modo que ejercitaría la reivindicacion ordinaria si la suma existiese aun naturalmente. (*m*) Pero yo observo que, cuando la cosa perece, las *condictiones* se equiparan al caso del *dolo* y no al de la *culpa*; así, pues, el esposo donatario no estaría sometido á la *condictio* si se hubiese dejado robar el dinero, porque esta pérdida resulta únicamente de una *culpa*. Independientemente de la *condictio*, tendría todavía el donante, segun las circunstancias, las acciones siguientes: en primer lugar, si la cosa había sido destruida á sabiendas ó enajenada intencionalmente, la *actio ad exhibendum* ó la *reivindicatio*, di-

---

colamente del *perire* que es el único al cual se aplica el motivo citado. En suanto al *consumi* hablaré de él muy pronto (nota *p*).

(k) L. 19, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1): «... hoc enim bona fidei possessoribus concessum est: *virum autem scientem alienum possidere.*» Está pues, aquí, asimilado á un poseedor de mala fé; sin embargo, no podría ser considerado en absoluto como tal, puesto que posee con el consentimiento del propietario, lo cual excluye la violacion del derecho.

(l) L. 6, de don. int. vir. (XXIV, 1): «Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur: ex quibus causis condictio nasci solet.»

(m) L. 65, § 8, de cond. ind. (XII, 6): «Si servum indebiti tibi dedi, eunque manumissisti, *si sciens hoc fecisti teneberis ad pretium ejus*, si nesciens, non teneberis...» L. 26, § 12, eod.: «...ut puta... dedi... hominem indebitum et hunc *sine fraude modico distraxisti:* nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.» Por consiguiente, si la venta ha sido hecha, por negligencia, á vil precio, no hay lugar á la indemnizacion en virtud de la condictio. Otra cosa es lo que se establece en la L. 65, § 6, eod.: «si comsumsit frumentum, pretium repetet,» aquí en tódos los casos y sin considerar el *dolo*, porque el valor del trigo, que de otra manera hubiera debido comprar, es un beneficio actual (§151, *g*).

rigidas contra el que *dolo fecit, quo minus exhiberet*, ó *quo minus possideret*; en segundo lugar, la *actio L. Aquiliae*, si la cosa donada, que permanece siempre bajo la propiedad del donante, ha sido destruida ó dañada, y esto no solamente en caso de *dolo*, sino tambien de *culpa*. Hé aquí, sin embargo, lo que se podrá objetar contra esta aplicacion rigurosa de los principios. En tanto que el donante no revoca la donacion, el donatario posee con su consentimiento; de manera que el que destruía ó enajenaba la cosa, lo hacía con el consentimiento del propietario, presuncion muy verosímil al ménos, en cuyo caso, se hallarían excluidos, primero el dolo y despues la aplicacion de las reglas más arriba expuestas. Mas abajo veremos (nota *u*) que esta objeccion no había escapado á los jurisconsultos romanos.

El decreto del Senado del año 206, cambió el estado de la cuestion. Declaró que durante la existencia del matrimonio el derecho de revocacion era personal al donante, que no pasaba á sus herederos, y que, en su consecuencia, toda donacion no revocada por el donante era inviolable á su muerte *(n)*. Hablaba tambien expresamente este decreto de la consumacion de la cosa (*o*), sin duda en el sentido de que una vez consumida no tenía el donante recurso alguno contra el donatario. Esta disposicion era muy consecuente porque, prohibida la revocacion á los herederos, resultaba más verosímil todavía que el donatario hubiese consumido ó enajenado la cosa de buena fé, y no para escapar á una futura revocacion.

El resultado práctico, al ménos, no era dudoso, y hé aquí lo que enseñan los jurisconsultos que escribían despues de la nueva legislacion: «uno de los elementos esenciales de una verdadera donacion consiste en que el donatario *se haya*

(n) L. 32, pr. § 1, 2, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(o) L. 32, § 9, de don. int. vir. (XXIV, 1). «Quod ait oratio *consumpsisse*, sic accipere debemus, ne is qui donationem accepit, locupletior factus sit: ceterum, si factus est, orationis beneficium locum habebit.» Es decir: si el donatario disipa la suma donada, si la enajena sin sacar de ella provecho alguno, hay *consumtio* en el sentido de la *oratio* (del senado-consulto) y no hay necesidad de esperar, para que la donacion se confirme, á la muerte del donante. Si, por el contrario, la suma donada ha servido para una adquisicion, la cosa de esta manera adquirida se considera como donacion y puede ser siempre reclamada; pero este derecho cesa á la muerte del donante (orationis beneficium).

hecho locupletior; pero entre esposos es necesario que cuando el donante quiera hacer revocar la donacion ejercitando la reivindicacion ó la *condictio,* el donatario *sea todavia locupletior,* en el momento de la *litis-contestatio;* de manera que, si ántes de esta época la cosa donada ha perecido ó ha sido disipada, el donante no tiene ninguna accion que ejercitar *(p).*» Así es que vemos aplicada esta doctrina al caso en que el donatario ha donado á su vez el dinero que había recibido *(q),* ó lo ha prestado á un deudor insolvente *(r).* Tal era el derecho nuevo, el derecho ménos riguroso introducido por el decreto del Senado *(s).* Los antiguos jurisconsultos habían sin duda establecido principios más severos respecto á la aplicacion de la *condictio* en este punto, y por consiguiente, los compiladores no debieron insertar estos textos en las Pandectas. No se ocuparon de la naturaleza de la accion porque se quiso mitigar hasta la relacion misma de derecho; así, la *actio ad exhibendum* y la *actio Aquiliæ* en que los casos más arriba enumerados concurrían con la *condictio* y áun podían ir más lejos, se encontraban como ellas excluidas para toda especie de *consumtio.* Vense, sin embargo, en ciertos textos del Digesto, algunos vestigios del antiguo rigor. Así, cuando el esposo hace á su vez donacion del dinero recibido, Pomponio da contra él la *actio ad exhibendum* á causa del *dolus quo minus possideret* (*t*), y Ju-

---

(p) L. 28, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1): «vel consumtum sit» (nota *i*); L. 32, § 9, eod. (nota *o*); L. 5, § 18; L. 7, pr. eod. (todas estas leyes son de Ulpiano ó de Paulo. De igual manera tambien L. 8, 17, C. eod. (Véase 16).

(q) L. 5, § 17, de don. int. vir. (XXIV, 1): «....Si mulier acceptam a marito pecuniam in sportulas pro cognato suo ordini erogaverit....» Lo mismo sucedería cuando en lugar de la primera donacion el esposo hubiese recibido un préstamo para hacer la segunda y economizado de esta manera su propio dinero porque todo esto era enteramente arbitrario. V. § 151, g.

(r) L. 16, de don. int. vir. (XXIV 1).

(s) L. 32, pr. do don. int. vit. (XXIV, 1): «....Imp. noster Antoninus.... auctor fuit Senatui censendi....ut aliquid laxaret et juris rigore.»

(t) L. 14 ad exhib. (X, 4): «Si ver numos ab uxore sibi donatos sciens suos factos non esse pro re emta dederit, dolo malo fecit quo minus possideat: et ideo ad exhibendum actiones tenetur.» La *condictio* alcanza siempre á la cosa comprada, puesto que el donatario se aprovecha de ella. Pomponio supone un caso en que el donante prefiere reclamar el dinero. por haberse comprado la cosa demasiado cara. Segun el mismo principio. debería ser admitida la accion, aunque el dinero se hubiera disipado ó donado. Las palabras ***sciens suos factos non esse*** no están tomadas en

liano da contra el esposo que ha disipado voluntariamente la cosa donada, la *actio ad exhibendum* y la *actio L. Aquiliæ (u)*. Por los motivos que acabo de exponer, debe atribuirse á una inadvertencia la insercion de estos dos textos, porque están en contradiccion formal con el Senado-consulto. Y había escapado á los compiladores esta contradiccion, porque estos textos no hablan de la condictio, la accion más ordinaria en semejante circunstancia, sino de las otras dos acciones que se emplean mucho más raramente.

En estas disposiciones relativas á la cosa donada se distingue claramente lo que se refiere á la naturaleza general de la donacion y lo que respecta á la situacion particular de los esposos. El que la donacion desaparezca con todas sus consecuencias, cuando la pérdida resulta de la voluntad del donante ó de un acontecimiento fortuito, hace referencia á la naturaleza general de la donacion; pero ha sido necesaria la aplicacion positiva del senado-consulto para atribuir la misma influencia á la enagenacion voluntaria ó á la disipacion de la cosa donada. No es esto decir que la disposicion del Senado-consulto sea enteramente arbitraria, pues responde á justas consideraciones sobre la naturaleza del matrimonio, pero sin la intervencion legislativa era difícil que se hubiera colocado este principio sobre toda controversia, por más que no se hubiera escapado á los antiguos jurisconsultos (nota *u*).

---

sentido estricto y como opuestos á *ignorans*, pues aquí la ignorancia es imposible, sino que expresen el motivo por el cual debe ser la decision siempre la misma.

(u) L. 37, de don. int. vir. (XXIV, 1): «Si mulier dolo fecerit, ne res exstaret sibi a marito donata: vel ad exhibendum, vel damni injuriarum cum ea agi poterit; *maxime si post divortium id commiserit.*» Juliano exige el *dolo*, porque es necesaria esta suposicion para que las dos acciones de que habla sean completamente fundadas. En el caso de una simple *culpa* hay lugar á la accion *L. Aquiliæ*, cuando, por ejemplo, el esclavo donado sucumbe al ejecutar con peligro de su vida una órden de la mujer. El final del texto es sobre todo notable, porque nos muestra claramente que los jurisconsultos antiguos dudaban sobre la cuestion de saber si la voluntad del propietario (el esposo donante) excluía ó no toda accion y la existencia del verdadero *dolo*. Así, Juliano dece: despues de la separacion, no es duduso (*maxime* post divortium); porque la continuacion de la benevolencia por parte del donante no es presumible despues de la separacion.

§ CLI.—V. *Donacion.—Definicion.* 3. *Enriquecimiento.* (Continuacion).

Fáltame hablar de los casos de la tercera especie ó sean aquellos en que poseen el derecho conferido por la donacion sin que sea reemplazado por ningun otro (§ 149). En este caso continúa enriquecido el donatario (*a*) en virtud del nuevo derecho, y por esta causa el carácter de la donacion con todas las reglas sentadas más arriba se considera entónces en relacion con el derecho nuevamente adquirido. Las aplicaciones siguientes mostrarán con toda claridad este principio.

Cuando un esposo paga una deuda con el dinero que el otro cónyuge le ha donado, continúa de igual manera enriquecido que antes del pago, porque sus bienes resultan acrecentados precisamente con el importe de la deuda pagada (*b*).

Si presta el dinero donado, este nuevo crédito continúa enriqueciéndolo. Pero, bajo esta nueva forma, la donacion puede ser anulada por la insolvencia del deudor, y, en este caso, el donante nada tiene que reclamar; porque esto se asimila á la pérdida accidental de la cosa donada, y principalmente á la pérdida causada por falta del donatario.

Si el esposo vende la cosa donada, el precio de la venta reemplaza á la cosa, de igual manera que emplea en una adquisicion el dinero donado; esta adquisicion continúa enriqueciéndole. Los desenvolvimientos en que voy á entrar sobre este segundo caso, se aplican incontestablemente al primero. Así, pues, si el donatario de 200 escudos los emplea en una cosa que vale 300, el donante sólo puede repetir por los 200 escudos que son los únicos que han salido de su patrimonio; los 100 de más valor son el fruto de una afortunada especulacion. Por el contrario, si la donacion es de 300 escudos, y la cosa comprada vale solamente 200, el donante sólo puede repetir por esta última suma; los 100 escudos de

(*a*) L. 32, § 9, de don. int. vir. (XXIV, 1). V. § 150, nota *o*.
(*b*) L. 7, § 7; L. 50, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1).

diferencia constituyen una disipacion parcial que no da lugar á restitucion alguna (*c*).

Si la cosa comprada perece, la repeticion es inadmisible segun los principios sentados en en § 150, ora sea que la pérdida resulte de un caso fortuito, ora de la voluntad del donatario (*d*). Lo mismo sucede cuando la cosa comprada ha sido vendida y reemplazada por otra que es la que perece. Algunos jurisconsultos opinaban que despues de la segunda sustitucion, la pérdida, aún acontecida por caso fortuito, no dispensaba al donatario de la restitucion; pero su opinion fué deshechada (*e*). Es este un favor concedido á las donaciones entre esposos, por más que no debía su orígen al senado-consulto; en los demás casos se decidía que despues de la primera adquisicion debía considerarse al donatorio como definitivamente enriquecido, aunque la cosa comprada hubiese perecido por caso fortuito (*f*).

Sin embargo, se considera que el donatario continúa enriquecido, á pesar de la pérdida de la cosa comprada, cuando ésta era de tal manera indispensable que, á falta del dinero donado, hubiera debido comprarla del suyo propio, que por causa de la donacion ahorra (*g*).

(*c*) L. 7, § 3; L. 28, § 3, 4, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 9. C. eod. (V. 16).

(*d*) L. 28, § 3, de don. int. vir. (XXIV, 1): «quemadmodum, si mortuus est, nihil peteretur.» L. 50, § 1, eod. Este último texto es de Javoleno, y por consiguiente, anterior al senado-consulto; así es que no habla de la *consumtio*, sino de una pérdida accidental. Desde el senado-consulto no es dudoso que la *consumtio* de la cosa comprada como la de la cosa donada originariamente dispensa de la restitucion.

(*e*) L. 29, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1) de Pomponio. Considerando el tiempo en que Pomponio vivía, esta mitigacion del rigor del derecho no debe atribuirse al senado-consulto; pero se refiere al mismo principio.

(*f*) La *actio quod metus causa* se da contra el heredero del que se ha apoderado de una cosa por violencia y solamente *in id quod pervenit*, pero si el heredero ha tomado posesion de la cosa, la *consumtio* no le dispensa de restituirla (L. 17, quod metus, IV, 2). Está dispensado de restituir si la cosa perece por accidente; pero se trata de la cosa original no de la obtenida en cambio (L. 18, eod.). Los mismos principios se aplican al que posee una sucesion de buena fé; debe devolver solamente lo que ha aprovechado y precisamente en los mismos términos. L. 18, cit. V. Meyerfeld, p, 2.

(*g*) L. 47, § 1, de solut. (XLVI, 3). Es verdad que aquí se trata de un pupilo que emplea lo que ha recibido en pago en una adquisicion, en cuyo caso el pago es válido hasta la cantidad en que el pupilo es *locupletior;* pero como en los dos casos *locupletior* tiene idéntico sentido, este

Supone la aplicacion de todas estas reglas, que hay identidad entre la cosa donada y la perdida ó cambiada. Esta identidad es fácil de establecer cuando se trata de una cosa individual, como una casa, un caballo ó una obra de arte; pero es difícil, tratándose de una cosa genérica y principalmente de dinero acuñado. Cuando las mismas especies han sido robadas ó disipadas, no es dudosa la identidad; sin embargo, sólo puede probarse claramente cuando la pérdida ha sido cercana á la donacion *(h)*. La identidad puede resultar además de circunstancias particulares, como por ejemplo, si habiendo donado el marido á su mujer una suma de dinero para comprar perfumes, emplea la mujer este dinero en pagar una deuda, y luego compra perfumes por la misma suma; pues en este caso no resulta para ella enriquecimiento, una vez que, relacionando la intencion del marido con el definitivo resultado de los actos de la mujer, aparece una completa identidad *(i)*. Por el contrario, si la mujer recibe en su caja, sin objeto determinado, una suma de dinero y más tarde dona ó disipa una suma igual, no hay

---

texto puede aplicarse tambien á las donaciones. Respecto al sentido de *necessaria res*, es preciso ver la L. 6 de alimentis (XXXIV, 1) «cibaria et vestitus et habitatio... quia sine his ali corpus non potest,» y la L. 65, § 6, de cond. ind. (XII, 6): «... si consumsit frumentum, pretium repetet,» y esto mismo independientemente del *dolo* que ordinariamente es una condicion exigida (L. 65, § 8, cod. V. § 150 *m)*, porque el pan es un alimento indispensable. La L. 31, § 9, de don. int. vir. (XXIV, 1) opone á las cosas necesarias los *opsonia* y *unguenta* que son objetos de lujo, pero que se reputa que hacen á la mujer *locupletior*, porque el marido está obligado á su entretenimiento personal, sin distincion entre las cosas necesarias y las de lujo. En cuanto á los *cibaria familiæ et jumentorum* se distingue: si están destinados al servicio de la casa comun, el marido debe proporcionarlos, y el dinero que da á su mujer con este objeto, no la hacen *locupletior*; es enteramente distinto cuando los esclavos ó los animales se aplican á una finca rural de su mujer ó son empleados para su comercio. L. 31, § 9, 10, L. 58, § 1, eod. A primera vista parece inconsecuente que el dinero facilitado para ciertos gastos, sea considerado unas veces como beneficio permanente, otras como ventaja pasajera; pero estas diversas decisiones descansan todas en el principio siguiente: el dinero facilitado constituye un beneficio para el donatario, si ha servido para un gasto indispensable, como la habitacion ó los alimentos, pero no si ha servido para una necesidad arbitraria, como la ereccion de una tumba ó de las *sportulæ*, donadas para un pariente. V. § 146, *b*, y párrafo 150, *c*, q.

(h) Las fuentes del derecho suponen á menudo casos semejantes, por ejemplo: las L. 5, § 17; 7, § 3, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(i) L. 7, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1).

identidad entre el dinero recibido y el enajenado; el ingreso en la caja de la mujer constituye un acrecentamiento definitivo de riqueza, y el marido puede siempre reclamar su importe.

He considerado hasta aquí la pérdida de la cosa donada con relacion á las donaciones entre esposos, porque estos son los únicos casos de que hablan directamente los orígenes; réstame hacer la aplicacion de estos principios á la insinuacion y á la revocacion por causas determinadas, como por ejemplo, la ingratitud.

Cuando la pérdida resulta de la voluntad del donante ó de un acontecimiento fortuito, nada hay que reclamar. Así, en el caso de que se hayan donado, sin insinuacion, 800 ducados, los cuales se le arrebatasen despues al donatario por una cuadrilla de bandoleros, no quedaría éste obligado á ninguna restitucion.

Cuando ha sido consumida la cosa, debe hacerse una distincion. Si se verifica sin insinuacion una donacion de 800 ducados y el donatario ha disipado ó donado á su vez esta suma, puede el donante, segun el rigor de los principios, repetir por los 300 ducados, pudiendo escoger entre la *condictio*, la *actio ad exhibendum* y la reivindicacion; pues el donatario detiene injustamente 300 ducados que se consideran como cosa de otro, y por consiguiente, respecto á ella es mirado como poseedor fingido *(k)*. Si ha sido donada sin insinuacion una casa que valiese 2.000 ducados y el donatario por imprudencia la hubiese dejado incendiar quedándole solamente un terreno de 200 ducados de valor, hubiera podido siempre el donante, segun el rigor de los principios, reclamar 1.500 ducados en virtud de la *actio legis Aquiliae (l)*. El mismo caso, ocurrido entre esposos, daría lugar á la proteccion del senado-consulto que en realidad se ocupa especialmente del matrimonio y no de la insinuacion (§ 150). Creo, sin embargo, que esta proteccion equitativa debe extnederse tambien á la insinuacion, y me fundo, por una par-

(k) V. § 150, notas *l, m, t, u.*

(l) V. § 150, *u.*—En efecto, la donacion había creado una propiedad indivisa, cuyas tres cuartas partes pertecían al donante. Pero la destruccion de una propiedad indivisa da tambien lugar á la *actio L. Aquiliæ*, respecto á la porcion que no nos pertenece. L. 19, 20, ad Aquil. (IX, 2).

te, en que el derecho justinianeo, tan cuidadoso en establecer los principios de la donacion, con respecto á la verificada entre esposos, no vuelve á hablar de estos principios al tratar de la insinuacion, sin duda bajo el supuesto de que estos desenvolvimientos científicos le son igualmente aplicables. Existe además una grave consideracion independiente del senado-consulto, y que áun ha podido motivar sus disposiciones, á saber: qué la persistencia de la voluntad del donante, justifica la disipacion del donatario, de donde se deduce que este se encuentra excluido del *dolo* y por tanto de la *condictio* (§ 150). Este motivo, que existe en la naturaleza de las cosas, se aplica á la omision de la insinuacion con igual fundamento que á la prohibicion entre esposos.

Es todavía más evidente que esta equitativa proteccion se aplica á la disipacion del donatario en caso de revocacion por causa de ingratitud. Antes del acto de la ingratitud, era el donatario, no sólo poseedor de buena fé, sino tambien propietario de la cosa donada, y por tanto, no puede estar obligado á reemplazar lo que en este intervalo ha dejado perecer ó disipado. Cuando la disipacion es posterior al acto de la ingratitud, puede el donante por medio de la *condictio* hacerse restituir el valor de la cosa; pero no tienen lugar las demás acciones, porque éstas sólo se ejercen contra el detentador de la cosa de otro, consideracion que no tiene el donatario, ni áun despues del acto de la ingratitud.

Si el donatario ha cambiado la cosa, debe devolver, en caso de defecto de insinuacion, la parte ilegalmente donada, con la cual resulte todavía enriquecido; pero nada debe por la disminucion de valor, ocasionada por el cambio. De manera que si ha vendido en 1.000 ducados una casa que valía 2.000, solamente está obligado á restituir 500 ducados, porque los 1.000 comprendidos en la donacion originaria no forman parte de sus bienes. Tambien así, el donatario, ingrato debe devolver aquello de que resulte enriquecido, cualquiera que sea la época de la enajenacion *(m);* pero no

---

(m) La L. 7, C. de revoc. don. (VIII, 55) podría dar ocasion á dudas. Esta ley declara que si ántes de la demanda de revocacion, el donatario dona á su vez ó vende la cosa donada, no hay lugar á la restitucion; y esta decision podría extenderse al precio de la venta; pero aquí se trata evidentemente de la reivindicacion de la cosa misma contra el tercer ad-

debe indemnizacion alguna por una desventajosa venta, sino cuando ésta es posterior á la ingratitud, pues sólo desde entonces ha dejado de ser de buena fé.

Cuando por consecuencia de la ingratitud ó de defecto de insinuacion, ha de examinarse si el donatario se encuentra todavía enriquecido despues del cambio, es necesario, por los motivos más arriba desarrollados, concederle el favor especial de que gozan los esposos en semejante circnstancia (nota *f*), pues este beneficio hace relacion á la determinacion científica de la verdadera donacion.

§ CLII.—V. *Donacion.—Definicion.*—VI. *Intencion de enriquecer.*

La enajenacion y el enriquecimiento que de ella resulta, no bastan para constituir una donacion; es además necesaria la intencion de enriquecer, última circunstancia que completa la definicion de la donacion. Los Romanos emplean para designar esta intencion las expresiones de *donandi* ó *donationis causa, donandi animo*, etc. Es indispensable que el donante quiera enriquecer al donatario, casi siempre tambien que este quiera ser enriquecido; pero se verá más adelante (§ 160), que esta voluntad del donatario no se exige absolutamente.

Así, pues, sin la intencion de enriquecer no hay donacion, por más que se encuentren reunidos todos los demás elementos de ella. Para patentizar más este principio, preciso es enumerar los casos en que el enriquecimiento existe sin intencion por parte del donante, lo cual puede suceder de dos maneras; á saber: sin que las partes tengan noticia de la enajenacion ó del enriquecimiento, ó con conocimiento por parte de ellas, pero proponiéndose un fin que excluye la intencion de enriquecer.

La enajenacion puede verificarse sin conocimiento de las partes: esto es lo que acontece siempre en materia de usucapion y de prescripcion. Una de las partes se empobrece,

---

quirente, como se desprende de la asimilacion de la donacion á la venta y de la época fijada por la ley. La interposicion de la demanda da á la cosa la consideracion de litigiosa, haciéndola mientras tanto inalienable; pero en ningun caso estaba el donatario dispensado de restituir el precio de la venta.

la otra se enriquece, pero sin saberlo; y como el primero no tiene intencion de gratificar á su adversario, la modificacion operada en sus bienes no constituye una donacion. Mostraré, sin embargo, más adelante (§ 155) que existen excepciones á esta regla.

Más frecuente es el caso en que se conoce la enajenacion; pero no el enriquecimiento. Cuando el que trasfiere un derecho cree falsamente que se encuentra obligado á ello enriquece sin saberlo á la otra parte. Semejante acto da lugar á la *condictio indebiti*; la donacion existe solamente cuando á sabiendas se paga lo que no se debe (§ 145). El que compra muy cara una cosa ó la vende muy barata porque ignora su valor, enriquece al vendedor ó al comprador sin saberlo y sin quererlo; así es, que no verifica donacion alguna, y esto en todos los casos, ora sea que la otra parte conociese, ora que ignorase el valor de la cosa *(a)*.

Tambien puede suceder que haya empobrecimiento y enriquecimiento conscientes; pero proponiéndose un fin especial que excluye necesariamente la intencion de enriquecer. No quiere esto decir que se trate de una incompatibilidad absoluta, sino más bien de desproporcion entre el fin especial y la intencion de enriquecer; el uno es dominante y el otro no es más que secundario. El enriquecimiento aparece entónces como una consecuencia necesaria del acto jurídico, no como su causa determinante, pues el acto jurídico hubiera tenido siempre lugar independientemente de esta circunstancia. En semejante caso no hay donacion: tal es el principio general establecido por los jurisconsultos romanos y sino lo expresan con motivo de las donaciones entre los esposos, esto no obsta para que deje de ser un principio inherente á la naturaleza misma de la do-

---

(a) Es un caso muy diferente cuando alguno compra á sabiendas por 5,000 francos, por ejemplo, un inmueble que vale solamente 3,000, con el fin de procurar al vendedor un beneficio de 2,000 francos, pues hay entónces una verdadera donacion de esta suma, un *negotium mixtum cum donatione* de que hablaré más adelante (§ 154). Ordinariamente sabe en este caso el vendedor la intencion del comprador; pero ésta no es una condicion indispensable; el vendedor puede engañarse respecto al valor de la cosa ó creer que se aprovecha de la ignorancia del comprador, cuando la intencion de éste es hacer una donacion indirecta que, propuesta abiertamente, hubiese sido rehusada por delicadeza ó extravagancia; pero la donacion no es por eso menos real (§ 160).

nacion *(b)*. A continuacion se exponen algunas importantes aplicaciones.

El que á sabiendas compra una cosa por más de su valor, á causa de serle indispensable, ó la vende por ménos de su valor, porque tiene necesidad de dinero y no puede hacerse de él de otra manera, éste, digo yo, no ignora el beneficio que proporciona á la otra parte ; pero léjos de quererlo, seguramente que no lo proporcionaría si pudiese. Se resigna á esta pérdida como un mal necesario y el objeto que se propone le es enteramente personal. Hé aquí por qué semejante negocio no constituye nunca una donacion.

El que á virtud de una transaccion abandona con conocimiento de causa una parte de sus derechos, no verifica ninguna donacion, porque su objeto es evitarse los gastos y la incertidumbre de un proceso, y de ninguna manera el gratificar á su adversario (§ 158, *e*). El concierto que hacen los acreedores con un deudor insolvente, presenta ordinariamente el mismo carácter, por más que pueden algunas veces tener intencion de donar, circunstancia de hecho que es necesario apreciar en cada caso.

Hay casos en que el enriquecimiento resulta como consecuencia accidental, pero ineludible, de las relaciones de familia. Cuando un acto jurídico viene á modificar estas relaciones, la modificacion es el fin principal que las partes se proponen, y el enriquecimiento es solamente una circunstancia secundaria ; de forma que, aunque real, no es considerado nunca como donacion. La participacion gratuita que en el uso de una casa ó de otro bien cualquiera concede un esposo á su cónyuge, participacion que, entre extraños, podría constituir una donacion, no la constituye entre aquéllos, porque resulta necesariamente de la vida comun, y tendría siempre lugar aunque el otro cónyuge no sacase de ello

---

(b) L. 5, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1) «... quod si aliarum extrinsecos rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem impediri : si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere.» *Impediri, valere, non valere,* se refieren á la prohibicion de las donaciones entre esposos. La regla en este punto es que si las intenciones de los esposos son indivisibles la transacion entera es válida ; y que si son divisibles la parte que contiene la donacion es nula (nota *a*). Los ejemplos que enumero en el texto confirman y explican este principio.

ninguna ventaja pecuniaria *(c)*. La dote que llevá una mujer á su marido no es nunca una donacion. Ordinariamente consagra el marido los productos de ella al sostenimiento de la mujer, en cuyo caso no resulta enriquecido (§ 149); y por otra parte la mujer está obligada *naturaliter* á dicha dote (§ 149, *b*, *c*); pero, independientemente de estos motivos, es suficiente el más arriba enunciado. Supongamos, en efecto, dos esposos que viven de limosnas y que uno de ellos recibe una rica herencia, la cual da en dote á su marido; es indudable que este último resulta enriquecido considerablemente, puesto que desde entónces goza de una independiente fortuna; pero es tambien indudable que esta dote no constituye una donacion prohibida entre esposos, porque su goce resulta necesariamente de la vida comun que es esencial en el matrimonio.

Cuando el marido atiende á los gastos de la mujer con una generosidad que excede á sus necesidades, esta prodigalidad no puede considerarse como una donacion prohibida y sujeta á revocacion *(d)*; porque el sostenimiento de la mujer por el marido es una de las condiciones esenciales del matrimonio *(e)*, y la fijacion de los gastos que este sostenimiento ocasione es de la exclusiva competencia del marido como jefe de la comunidad.

El padre que emancipa á su hijo renuncia al derecho de usufructo que tenía sobre la mitad de los bienes de este *(f)*, el cual, por igual razon, resulta enriquecido con esta parte

---

(c) L. 18; L. 28, § 2; L. 31, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1). Cuando la mujer habita gratuitamente la casa del marido, resulta sólo la apariencia de una donacion, puesto que el marido debe satisfacer todas las necesidades de la mujer. Otra cosa sucede en el caso inverso, puesto que el marido se aprovecha de un alquiler que no paga. Pero una casa está, por su propia naturaleza, destinada á habitarse, y el hecho de vivir en ella ambos cónyuges, es una consecuencia necesaria de la vida comun.

(d) L. 21; L. 15, pr; L. 31, § 8, 9, 10 de don. int. vir. (XXIV, 1). Desde el Senado-consulto del año 206 (§ 150), la *consumtio* excluia la repeticion; pero el principio aquí sentado fué reconocido en todo tiempo. Cuando el marido da á la mujer dinero contante, como por ejemplo, la suma necesaria para el sostenimiento de un año, este acto constituye una donacion prohibida y puede la suma ser reclamada, á ménos que haya sido consumida. L. 33, pr.; L, 15, pr, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 22, in f. pactis dot. (XXIII, 4).

(e) L. 56, § 2, de j. dot. (XXIII, 3).

(f) L. 6, § 3, C. de bon quæ lib. (VI, 61); § 2, J. per quas pers. (II, 9).

de usufructo; sin embargo, no constituye este acto donacion, porque el padre se propone ante todo cambiar el estado personal de su hijo cuyo enriquecimiento es solamente una consecuencia secundaria de la emancipacion.

Por último, existen casos en que el motivo determinante del acto es un sentimiento de piedad respecto á la persona enriquecida ó respecto á un tercero; y como el enriquecimiento no es tampoco en estos casos más que una consecuencia secundaria, no puede el acto considerarse como donacion.

Cuando un heredero testamentario paga un legado ó un fideicomiso sin retener la cuarta falcidia ó la indemnizacion fijada por el testamento para que tenga lugar la falcidia, ocasiona indudablemente un enriquecimiento al que toma el legado ó el fideicomiso; pero si al obrar de este modo, el heredero lo hace por respeto á la voluntad del testador, no tiene el acto carácter de donacion, y está, por consiguiente, permitido entre esposos; y en lo general, se presume siempre la intencion piadosa *(g)*. Así tambien, este acto, verificado por un deudor insolvente, queda fuera de la accion *Pauliana,* porque la loable intencion presumida excluye la mala fé, que es la que da lugar al ejercicio de esta accion *(h)*.

El que alimenta y educa á un hijo extraño enriquece al padre, cuya obligacion llena en su lugar, ó al hijo mismo,

---

(g) L. 5. § 15, de don. int. vir. (XXIV, 1). Podría creerse que este texto establece una prescripcion absoluta; pero en realidad no es más que una interpretacion de la voluntad presumida, como lo prueban las expresiones «*magis* videri,» y «habet rationem *magis* in eo.» Así, por ejemplo, cuando un heredero por amistad hácia uno de los legatarios le perdona el pago provisional que á los otros exige, esta remision se considera como donacion y no como testimonio de respeto á la voluntad del testador.—El texto que acabo de citar parece estar en contradiccion con la L. 67, § 3, ad Sc. Trebell. (XXXVI, 1), donde se declara que obra *donationis causa* un heredero cuando, con el fin de favorecer al llamado en virtud del fideicomiso, declara sospechosa la sucesion y la restituye sin reservarse nada. En este caso no existe donacion verdadera, sino donacion impropiamente dicha; y el jurisconsulto no hace más que oponer este caso á aquel en que el heredero cree realmente sospechosa la sucesion, y la repudia sin intencion de favorecer á otro heredero. De manera que el caso de la ley 67 ofrece todavía ménos carácter de donacion verdadera que el de la ley 5 citada, puesto que en ésta hay renuncia voluntaria á un derecho adquirido, mientras que en la 67 existe sólo el abandono de un derecho ofrecido. Véase § 145, *r*.

(h) L. 19, 20, quæ in fraud. (XII, 8).

si es huérfano y propietario; pero si el móvil de su accion es solamente la piedad hácia el niño, sobre todo en el caso de parentesco, no constituye donacion alguna, y por tanto, no exige la insinuacion. Si el bienhechor es el abuelo materno *(i)*, no hay lugar á repeticion alguna por causa de ingratitud del padre ni del hijo *(k)*.

Desde luego resulta que el descubrimiento de la intencion que la accion envuelve es una cuestion de hecho; ahora bien, el bienhechor ha podido determinarse en virtud de tres motivos diferentes, que son: ó el sentimiento de humanidad de que acabo de ocuparme *(pietas)*, ó una *negotiorum gestio*, de donde resulta una accion contra el que, teniendo obligacion de educar al niño, economiza este gasto, ó por último, la voluntad de hacer una donacion, la cual ciertamente no da lugar á una accion, sino á la aplicacion de las reglas del derecho positivo sobre donaciones. Los textos de derecho romano referentes á este punto, sólo establecen la alternativa entre la *pietas* y la *negotiorum gestio (l)*, y añaden que esta cuestion debe decidirse segun el exámen de los hechos; pero una vez establecida en virtud de circunstancias especiales la *pietatis respectus* excluye, igualmente que la *negotiorum gestio*, la donacion propiamente dicha. La intencion de donar puede resultar tambien de circunstancias especiales *(m)*, por más que los textos citados (nota *l*) parecen no haber hablado de la donacion.

(i) En efecto, el abuelo materno, bajo cuya potestad se encuentra la madre, no puede donar al padre del niño, porque esto equivaldría á una donacion hecha por la mujer á su marido. L. 3, § 6; L. 32, § 16, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(k) Puede esto parecer extraordinario, porque la educacion es siempre un gran beneficio; pero si el que ha prestado este servicio no ha pensado en el dinero que el servicio importara, no puede despues hacer de su caridad un título para entablar una reclamacion pecuniaria.

(l) L. 34; L. 27, § 1, de neg. gestis (III, 5); L. 15, 11, 13, C. ed. (II, 19).

(m) Cuando por ejemplo, un hombre rico, en vez de mantener en su casa á los hijos de una familia pobre, paga su pension en casa de un tercero, esto equivale á una donacion de su importe en favor del padre. Las restricciones positivas de la donacion no pueden tener aquí una gran importancia, y esto nos explica por qué el Derecho Romano no ha previsto estos casos.

§ CLIII.—V. *Donacion.—Definicion.*—IV. *Intencion de enriquecer* (Continuacion.)—*Donacion remuneratoria.*

He sentado que la donacion era incompatible con cualquiera otra intencion que no sea la de enriquecer; pero esto exige una explicacion. No es decir que la donacion haya de ser dictada por un sentimiento de pura benevolencia, y que excluya la intervencion de todo otro motivo, principalmente un motivo interesado, sino que basta la existencia real de la intencion de enriquecer, sin que obste ni pueda hacerse cuestion de otro fin más ó ménos lejano que haya podido proponerse el donante. Lo ordinario será que el acto tenga por móvil una desinteresada benevolencia que puede mostrarse con los caracteres de conmiseracion, de generosidad ó de reconocimiento; pero aunque esta benevolencia encubriese miras egoistas, no por eso dejaría de existir la donacion. Puede, en efecto, esperar el donante que su liberalidad le procure en adelante mayores ventajas; puede suceder tambien que obre por ostentacion, con el fin de formarse una reputacion de riqueza y de generosidad; y sin embargo, en todos estos casos hay verdadera donacion, porque el donante ha tenido la intencion directa de enriquecer al donatario, por más que al mismo tiempo se proponga un fin más lejano. Los hechos citados en el § 152 ofrecen consecuencias muy diferentes, pues el comprador que paga una casa que le es indispensable, por más de su valor, solo por pura necesidad consiente en enriquecer al vendedor, y seguramente hubiera preferido pagar el inmueble en su justo precio; el padre que, al emancipar á su hijo, renuncia á la mitad del usufructo de los bienes que á éste pertenecen, no se apercibe de este resultado, que para nada tiene en cuenta: en ambos casos no es el propósito enriquecer; y de aquí que no constituyan donacion.

Reconócese, pues, como regla general que la prosecucion de un fin lejano no impide la existencta de la donacion, ni la aplicacion de las reglas del derecho positivo sobre ellas. Existe, sin embargo, un caso, cuyo carácter resulta muy controvertido, por más que el fin en él propuesto no es interesado, sino un testimonio de reconocimiento que es lo que

se llama donacion remuneratoria. Respecto á este punto se ofrecen dos opiniones diametralmente opuestas. Pretenden los unos que la donacion remuneratoria es una donacion pura y simple, y como tal, sometida á la aplicacion de las reglas positivas. Pretenden otros, por el contrario, que no es en manera alguna donacion, sino un acto oneroso, de donde resultaría que no está sometida á la insinuacion, que es siempre permitida entre esposos y que no es revocable por causas determinadas, como, por ejemplo, por causa de ingratitud. Otros siguen una opinion intermedia, ora sea admitiendo solamente en ciertos casos la existencia de la donacion, ora una aplicacion parcial de las reglas positivas *(a)*.

En principio, debemos preferir la primera opinion que considera la donacion remuneratoria como pura y simple *(b)*, pues, en efecto, si ciertas miras y propósitos, aun los interesados, no excluyen la existencia de la donacion, ¿porqué el reconocimiento habría de tener este privilegio? Y si examinamos la naturaleza de las reglas positivas, hallaremos que la donacion remuneratoria se presta tanto como cualquiera otra á una prodigalidad irreflexiva, contra la cual debe prevenirse la insinuacion, y, por consiguiente, que no debe tampoco escapar á la prohibicion entre esposos. En efecto, no siendo el matrimonio, en cuanto á su fin, otra cosa que un cambio contínuo de amor y de fidelidad toda donacion podría llamarse remuneratoria, eludiendo de esta manera la prohibicion. Además, la existencia del reconocimiento como motivo de la donacion, es un hecho tan vago como difícil de hacer constar y sería necesario en este sistema establecer una escala de proporcion entre el reconocimiento y el servicio prestado, lo cual es enteramente imposible. Existe, por último, un argumento que parece de-

---

(a) Así, por ejemplo, Mühlenbruch, § 445, establece que las donaciones remuneratorias no son susceptibles de revocacion por causa de ingratitud; pero que deben ser insinuadas y están prohibidas entre esposos.

(b) Esta opinion es de Meyerfeld, I, § 19 y de Marezoll, Zeisschrift für Civil recht und Prozesz, I, p. 30; el cual, en último resultado, concuerda con Mühlenbruch, pues, como sienta en la p. 36, no hay lugar aquí á la aplicacion de la revocacion por causa de ingratitud.

cisivo. Si se niega la existencia de la donacion, hay forzosamente que admitir un *datum ob causam*, en cuyo caso, mediando error, hay lugar á la restitucion en virtud de una *condictio* ordinaria; ésta tendría lugar igualmente cuando la cosa ha sido donada con la mira de un futuro beneficio, como por ejemplo, con la esperanza de un presente ó de obtener el aprecio de una persona; pero en este caso, si la esperanza se frustra, la *condictio* se halla formalmente denegada *(c)*, como acontece cuando la donacion tiene por motivo una ciencia errónea *(d)*; de todo lo cual resulta que en ambos casos no ve el derecho romano un *datum ob causam* sino una verdadera donacion, puesto que no hay alternativa posible entre las dos especies de actos jurídicos.

La comparacion de los diversos textos viene á confirmar, y en parte á restringir, este principio. El texto en que se encuentra la mencion más general de la remuneracion se refiere al caso en que un acreedor levanta una caucion por vía de aceptilacion, y esto lo hace bajo la forma de donacion. Es evidente que este acto liberta al deudor principal *(e)*, pero puede tener diferentes significaciones: ó que el acreedor haya querido enriquecer al deudor principal en el importe de la suma remitida, en cuyo caso, el fiador se ve libre de la obligacion eventual de pagar por insolvencia del principal deudor; ó bien que haya querido enriquecer al fiador, y entónces se supone pagada la deuda al contado y el fiador adquiere contra el deudor principal una *actio mandati*, por el importe de dicha deuda. Ahora bien; ¿cuál de estas dos interpretaciones es necesario admitir cuando el acreedor no se ha expresado claramente? Segun Ulpiano *(f)*

(c) L. 3, § 7, de cond. causa data (XII, 4).

(d) L. 65, § 2, de cond. ind. (XII, 6). Véase apéndice VIII, núm. X, nota *d*.

(e) L. 13, § 7; L. 16, § 1, de acceptil. (XLVI, 4).

(f) L. 10, § 13; L. 12, mandati (XVII, 1). «Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto si fidejussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem. Multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor, vel si eam liberationem legavit. Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando, fidejussori remisit actionem, mandati eum non acturum.» Aunque en este texto se llama *donatio* á la renuncia de la caucion en general, de igual modo que á la especial de este caso, téngase en cuenta que esta expresion está tomada en el sentido impropio de que hemos visto ya tantos ejemplos, pues no existe aquí donacion propiamente dicha; verdadera *donatio* (§ 158).

es preciso admitir la segunda si el acreedor ha querido remunerar al fiador *(si fidejussorem remunerari voluit creditor)*; la primera, si la remision resulta de una determinacion espontánea *(non remunerandi causa, sed principaliter donando)*. Ulpiano indudablemente quiere decir que debe determinarse la persona á quien ha querido gratificar el acreedor y, á título de ejemplo, cita la remuneracion; pero léjos de conceder á esta circunstancia una importancia excluxiva, cita el mismo otras aun más decisivas que ésta. No dice en manera alguna que en el caso de remuneracion no exista donacion verdadera, sino que, por el contrario, es preciso decidir, segun el espíritu de este texto, que la insinuacion es necesaria en el caso de remuneracion, y que el acto es enteramente nulo cuando el crédito pertenece á la mujer y el gratificado con la suma *remunerando* es su marido.

Cuando la cosa que forma el objeto de la remuneracion es una donacion á su vez, hay entónces dos verdaderas donaciones, ambas sometidas á la aplicacion de las reglas positivas; de manera que si alguno dona con insinuacion 1.000 ducados, y más tarde recibe del donatario un inmueble de igual valor, pero sin insinuacion, esta segunda donacion es nula por la mitad; de igual manera, si anteriormente al matrimonio *(g)* recibe la mujer una donacion de su marido y ella le hace á él otra durante el matrimonio, de estas dos donaciones la primera es válida y la segunda es nula. En todos los casos que acabo de citar, la primera donacion en nada influye sobre la segunda ni le quita ninguno de los caractéres de verdadera donacion. Se ha creido que esta doctrina se hallaba en contradiccion con la disposicion siguiente del derecho romano *(h)*. El que posee de buena fé una sucesion está obligado solamente á restituir aquella porcion con que resulta enriquecido; de manera que, si ha donado una cosa dependiente de la sucesion, puede

---

(g) Digo ántes del matrimonio, porque si ambas donaciones le son posteriores, hay lugar á una compensacion especial que desde el senadoconsulto del año 206 llegó á ser fecunda en resultados por consecuencia del principio sobre la consumacion. L. 7, X 2; L. 32, X 9, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(h) L. 25, X 2, de her. pet. (V, 3) de Ulpiano. Véase Meyerfeld, I, página 369 y sig.

esperar un presente del donatario; pero en rigor de derecho no se encuentra enriquecido *(i)*. Una vez recibido este presente, puede ser considerado como beneficio proveniente de la sucesion, porque ha habido entre las partes una especie de cambio *(k)*. Sin embargo, este texto trata únicamente de las prestaciones á que está obligado el poseedor de una sucesion; pero de ninguna manera de los caracteres de la verdadera donacion ó sea de la aplicacion de sus reglas positivas. Las palabras *naturaliter obligare* y *genus quoddam permutationis* de que Ulpiano se sirve para hacer la cosa más evidente no están tomadas en su rigurosa significacion, sino como términos comparativos y el jurisconsulto no pensó, ni remotamente, poner en duda la realidad de una ú otra donacion.

La naturaleza particular del servicio que motiva la donacion remuneratoria puede todavía originar una dificultad más séria. Tratándose de trabajos que se acostumbra á retribuir en dinero, de trabajos puramente mecánicos, ejecutados sin ninguna promesa de salario, puede el donante proponerse dos objetos muy diferentes. Puede considerar los trabajos como un testimonio de desinteresada benevolencia y recompensar voluntariamente esta benevolencia por medio de un presente, en cuyo caso existe una verdadera donacion sometida á la aplicacion de las reglas positivas. Puede tambien considerar el asunto como un contrato tácito, sin fijacion de salario, de trabajos que ejecutar y

(i) ...«nec, si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem *naturaliter obligaverint*.» Evidentemente aquí no se trata de una *naturalis obligatio* jurídica sino de una obligacion fundada en las costumbres, las conveniencias, la delicadeza, que no se pueden sujetar á ninguna regla, porque dependen de circunstancias puramente accidentales. Véase Meyerfeld, I, pág. 376. Vemos tambien en la L. 54, § 1, de furtis (XLVII, 2). «Species... lucri est... *beneficii debitorem* sibi adquirere:» tampoco debe aquí tomarse la palabra *debitor* en su sentido jurídico.

(k) «*Velut genus quoddam* hoc esset permutationis»; es difícil buscar más precauciones para indicar una simple semejanza. Es indudable que Ulpiano no pensaba en manera alguna en una verdadera *permutatio*, en un *negotium*; quería solamente decir que estas donaciones recíprocas tenían el carácter del cambio, y que en virtud de esta analogía no se causaba perjuicio al poseedor de la herencia al imputarle como beneficio de la sucesion el presente que había recibido en cambio. No creía Ulpiano ciertamente que el presente primero diera lugar á una *actio præscriptis verbis*.

estar entónces destinado el presente á extinguir una deuda, intencion que excluye la donacion y todas sus consecuencias (§ 149). Trátase aquí únicamente de una cuestion de hecho, de una interpretacion de la voluntad, pero ni en uno ni en otro caso encontramos una donacion remuneratoria diferente de la donacion ordinaria. Tal es tambien la más sencilla explicacion de un texto de Papiniano *(l)* que, mal interpretado, ha contribuido en gran manera á establecer falsas ideas sobre la donacion remuneratoria. Aquilio Régulo, en una carta había donado la habitacion al retórico Nicostrato (dono et permit. tibi), porque Nicostrato había vivido siempre en casa del padre de Régulo, y había sido tambien preceptor de este último. Muerto Régulo se suscitó gran debate sobre la naturaleza de la donacion. Podía creerse que se trataba de un simple precario y no de una donacion hecha por toda la vida del donatario, y por tanto obligatoria para el porvenir; semejante donacion, por otra parte, hubiera sido nula segun los términos de la *lex Cincia* *(m)*; ahora bien, Papiniano dice que este acto no constituye una donacion propiamente dicha, sino el pago de antiguos servicios *(n)*. La Ley *Cincia* resultaba, por tanto, inaplicable, y aunque el *usus* de la habitacion no se hubiera constituido bajo formas solemnes, no faltaban procedimientos jurídicos para dar á este acto fuerza obligatoria *(o)*.

(l) L. 27, de don. (XXXIX, 5).

(m) A causa del defecto de mancipacion. Véase Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. (IV, 46). La L. 32, de don. (XXXIX, 5) decide de diferente modo en un caso muy semejante; pero existía intencion de hacer una donacion verdadera. Las circunstancias particulares de cada caso son las que originan la cuestion que en los textos aparece sobre la obligacion del heredero del primer donante. Respecto á éste la decision hubiera sido siempre la misma; pero persistiendo él en sus intenciones bienhechoras no debía naturalmente suscitarse cuestion sobre la validez del derecho hasta despues de su muerte.

(n) «Dixi posse defendi, non meram donationem esse: verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum.» Es decir: Régulo consideraba este derecho de habitacion como un suplemento de la asignacion fijada á su antiguo preceptor, no como una donacion á la cual pudiera oponerse la L. Cincia, y esto es todo lo que dice Papiniano que lo considera ménos aun que un simple premio revocable á voluntad del donante. Las palabras *mera donatio* no designan, como pudiera creerse, un *negotium mixtum cum donatione*. (L. 18, pr. eod.); expresan solamente la negacion de una donacion verdadera que hubiera podido inducirse de la palabra *dono* empleada en la carta.

(o) Para constituir un verdadero *usus* sería necesario una *in jure*

Un caso análogo, pero sobre el cual tenemos una disposicion formal, es el de la donacion hecha al que nos ha salvado la vida. Difiere este caso del precedente en que semejante servicio no puede asimilarse al trabajo de un artesano, cuyo salario ha podido convenirse de antemano y constituir, por consiguiente, una verdadera donacion. No pudiendo el servicio de que ahora se trata compararse con ningun otro, se creyó necesario dispensar á la donacion de toda clase de restricciones, y que en semejante circunstancia no habia que tener una prodigalidad irreflexiva. Esta excepcion ha sido hecha en efecto, y ha sido consignada en un texto de Paulo del cual tenemos dos redacciones diferentes:

Paulo. V, 2, § 6.	*L.* 34, § 1, *de don. (XXXIX, 5), segun Paulo, lib. V. Sent.*
Ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur; si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est, quia contemplationem (al. *contemplatione*) salutis certo modo æstimari non placuit.	Si quis aliquem latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat: hæc donatio irrevocabilis est: non merces eximii laboris *(p)* appellanda est; quod contemplatione *(q)* salutis certo modo æstimari non placuit.

El sentido que presenta este texto en una y otra redaccion es el siguiente: lo que se dona al que os ha salvado la vida no es una donacion propiamente dicha, sino la recompensa de un servicio inestimable. Así, dice Paulo, que debemos extenderla *in infinitum*, es decir, exceptuarla de las

---

cessio; pero el *traditus usus* de que aquí se habla estaba protegido por algunas acciones, y principalmente por la *Publiciana confessoria.* (L. 11, § 1, de public. VI, 2, de S. P. R., VIII, 3) y tambien por interdictos posesorios. (Savigny, Besit. 2, § 45). Papiniano solamente habla del interdicto como suficiente en la práctica y como el recurso más directo que emplear se puede.

(p) El texto del manuscrito de Florencia no tiene sentido. Segun la redaccion del Paulo visigodo, el pensamiento no es dudoso y los redactores del Digesto no tuvieron para qué cambiarlo. Se podría corregir «si non» ó leer con Haloander *nam*; pero la leccion constante de la Vulgata es bastante; excluye *non* y pone: merces enim labores eximii.

(q) Contemplatione da el mismo sentido que contemplationem, es decir, porque se le ha salvado la vida, y es preciso sobrentender *eam donationem* æstimari.

restricciones de la *lex Cincia*. Por igual razon dice la ley 34 del Digesto, que esta donacion es irrevocable. Esta diferencia de expresiones no modifica de manera alguna el sentido. Los redactores del Digesto no han reproducido las palabras *in infinitum* como refiriéndose á la lex Cincia *(r);* pero al pronunciar la irrevocabilidad expresan absolutamente la misma idea; pues la revocabilidad es la conciencia práctica de todas las restricciones positivas en materia de donacion *(s)*. En virtud de este carácter se hallan excluidas de la formalidad de la insinuacion, y no se les aplica la prohibicion entre esposos, ni la revocacion por causa de ingratitud. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el hecho de salvar la vida es de tal manera especial que no podrán extenderse las disposiciones de este texto á ningun otro motivo de reconocimiento *(t)*.

§ CLIV.—V. *Donacion.—Definicion.* 4.—*Intencion de enriquecer* (Continuacion). *Negotium mixtum.*

El que recibe una cosa y da en cambio otra de ménos valor, resulta enriquecido con la diferencia; y si tal es la intencion de la otra parte, este hecho constituye una verdadera donacion. En realidad el acto jurídico contiene una donacion parcial *(a)*, y respecto de esta parte el derecho con-

---

(r) Fragm. Vatic., § 304; L. 7, § 1, de L. Julia repet. (XLVIII, 2.)

(s) Marezoll (Zeitschrift, 1, 37) restringe este texto á la revocacion por causa de ingratitud, porque el defecto de insinuacion implicaba, no la revocacion, sino la nulidad; pero el resultado práctico de la nulidad no es otro que la revocacion. Así, los fragmentos del Vaticano relativos á la ley Cincia, hablan siempre de la revocacion de igual manera que la L. 32, § 4, 7, de don. int. vir. (XXIV, 1), con motivo de las donaciones entre esposos, cuya nulidad no es dudosa. Marezoll mismo reconoce que las Basílicas y sus escolios (VI, 108, 210) contradicen su opinion; pero las expresiones *certo modo* del Digesto, son decisivas, pues *modus* designa la suma fijada para las donaciones que antiguamente se desprendían de la ley Cincia, y en el Derecho Nuevo se refiere á la insinuacion. L. 2; L. 21, § 1, de don. (XXXIX, 5); L. 5, § 5, de doli exc. (XLIV, 4.)

(t) Mühlenbruch, § 445, con otros muchos autores refieren este texto á toda clase de donacion remuneratoria como si el ejemplo de la salvacion de la vida á un semejante hubiera sido accidentalmente escogido (nota *a*); pero el texto mismo concede una gran importancia á la naturaleza de este servicio inapreciable, lo cual no puede decirse de ningun otro.

(a) Negotium mixtum cum donatione. L. 18, pr. de don. (XXXIX, 5). Sobre la significacion de *negotium*, véase § 143, *h*.

ferido por el acto debe ser considerado como donacion (§ 149, 152, *a*).

Hé aquí las aplicaciones más importantes de esta regla. Si una casa que vale 5.000 escudos se vende en 3.000 con el fin de enriquecer al comprador, se verifica entónces una verdadera venta junta con una donacion de 2.000 escudos. Semejante venta es válida entre esposos; pero no lo es la donacion. Sin embargo, si la venta se había hecho en vista solamente de la donacion, de manera que sin ésta no hubiera tenido lugar, el acto es nulo por completo *(b)*. Este caso difiere esencialmente de la venta simulada, destinada únicamente á encubrir una donacion, como, por ejemplo, cuando se estipula que el precio no será nunca pagado, ó cuando éste es tan pequeño que no puede ser considerado sériamente como tal. Segun los principios generales, este acto debería ser nulo como venta y valer como donacion (§ 134); sin embargo, los jurisconsultos romanos y las antiguas constituciones declaran el acto nulo en tanto que no se verifique la tradicion *(c)*; pero esto indica solamente que no siendo la donacion un contrato consensual, como la venta, no da lugar en el concepo de simple convencion á tal nacimiento de accion alguna. En el Derecho Nuevo desaparece esta dificultad (§ 157).

Esta regla será igualmente aplicable á la venta de un crédito por ménos de su valor nominal. Si la disminu-

---

(b) L. 5, § 5, de don. int. vir. (XXIV, 1), es el más preciso de todos los textos referentes á este punto. Como textos no opuestos, pero sí ménos explícitos, citaré: L. 32, § 26, eod.; L. 38, in f. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 17, pr. ad Sc. Vell. (XVI, 1). Véase § 44 (notas *g*, *h*.)

(c) L. 36, de cont. emt. (XVIII, 1); L. 38, eod. *(verb. totiens enim vel.)*; L. 3, 9, C. eod. (IV, 38); L. 6, pr. don. (XLI, 6); L. 7, § 6; L. 32, § 25, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 15. C. eod. (V. 16). Véase Meyerfeld, I, página 306 y sig. Encuéntrase frecuentemente en los textos citados la expresion de «venditio *donationis causa* facta,» que podría aplicarse á la «venditio mixta cum donatione;» pero allí designa el caso en que la venta ha sido hecha en vista solamente de la donacion (nota *b*.) Ahora bien, como la venta así calificada se declara absolutamente nula, la expresion *«venditio donationis causa facta»* se aplica evidentemente á la venta simulada. Lo mismo sucede con la *locatio donationis causa facta*, por ejemplo, *numo uno*. L. 20, § 1; L. 46, locati (XIX, 2); L. 10, § 2, de adqu. poss. (XLI, 2); L. 52, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). Aquí *vilius locaverit* no quiere decir ménos de su valor, sino un precio irrisorio, tal como sería *numo uno*, como evidentemente lo prueba el motivo más abajo expuesto.

cion del precio es motivada por la incertidumbre del pago, la venta es pura y simple, y si se ha querido enriquecer al comprador, hay una donacion parcial. Pero, estando prohibida la primera convencion *(d)*, debe estarlo tambien la segunda; pues por medio de una donacion simulada sería muy fácil eludir la prohibicion que anula los contratos aleatorios *(e)*.

Aplicable es tambien la citada regla al caso de la venta en que el comprador renuncia al recurso que por la eviccion le compete contra el vendedor. Este contrato accesorio constituye una pura donacion; pues el comprador puede perder, sin compensacion alguna, el valor total de la cosa; por eso es nulo entre esposos, por más que la venta á que se refiera sea válida *(f)*.

El caso del préstamo en el cual el deudor se obliga á devolver más ó ménos de lo que recibe puede considerarse como una donacion de la diferencia *(g)*.

Cuando la donacion resulta de las cláusulas de un acto nulo *(h)* se declara nulo el acto *(i)*; pero esta disposicion significa solamente,—de igual modo que cuando tratábamos de la venta,—que el acto no da lugar á la *actio pro socio* que es especial al consensual contrato de sociedad. Cuando, por

---

(d) En virtud de la Ley Anastasiana. L. 22, C. mandati (IV, 35).

(e) L. 23, C. mandati (IV, 35).

(f) L. 31, § 4, de don. int. vir. (XXIV, 1): «Si... donationis causa paciscantur, *ne quid venditor ob eam rem præstet*. En el lenguaje ordinario de los jurisconsultos, y segun la semejanza con el § 5.°, no quiere decir que el vendedor deba recibir el dinero y conservar además la cosa, sino que despues de haberla entregado no está obligado á garantizar al comprador contra la eviccion. *Præstare* es la expresion técnica para designar esta garantía. L. 31; L. 5, 8, 30, de evict. (XXI, 2). Cuando se trata de la obligacion principal del vendedor se dice: «*Ipsam rem præstare.*» (L 11, § 2, de atc. emt.) (XIX, 1).

(g) Puede interpretarse de la manera dicha; sin embargo, si la suma es mayor, pueden tenerse en cuenta los intereses, y no una donacion, ó querer, por este medio, ocultar condiciones usurarias. Casos de esta especie se mencionan en la L. 11, § 1, de reb. cred. (XII, 1); L. 17, pr. de pactis (II, 14), sobre todo donde se dice que no se podrá nunca reclamar en virtud de la accion de mútuo mayor suma que la entregada, lo cual ciertamente no excluye el ejercicio de otras acciones.

(h) Esto acontece cuando uno de los asociados no aporta nada, y sin embargo participa de los beneficios, ó si aportando una sola parte recoje él solo todos los beneficios.

(i) L. 5, § 2, pro soc. (XVII, 2); L. 16, § 1, de minor. (IV, 4); L. 32, § 24, de don. int. vir. (XXIV, 1).

consecuencia de la convencion, había sido entregada alguna cosa, declaraban los antiguos jurisconsultos perfecta y válida la donacion *(k)*. Con arreglo al derecho nuevo la accion puede ejercitarse en virtud de la simple convencion, como sucede en cualquiera especie de donacion *(l)*.

Por último, toda *donatio sub modo* (§ 175), presenta este carácter mixto, á causa de la prestacion recíproca estipulada para lo futuro (*m*).

En todas estas transacciones mixtas hay que valuar en dinero la donacion parcial, la cual queda sometida á todas las reglas que rigen la materia de las donaciones en lo que toca á la insinuacion, á la prohibicion entre esposos, y á la revocacion por causas determinadas *(n)*; pero, si la prestacion recíproca carece de valor pecuniario, resulta imposible la distincion *(o)*, y no podría existir donacion allí donde

---

(k) L. 32, § 24, de don. int. vir. (XXIV, 1): «quæ tamen in commune tenuerunt, *fine præstituto* revocanda non sunt.» Es decir: cuando una cosa adquirida por consecuencia de la convencion ha sido entregada al donatario, la muerte del donante hace esta tradiccion irrevocable (como *perfecta donatio*), segun el Senado-consulto, el cual no era aplicable á los casos enumerados en el principio del texto. Meyerfeld. I, 324, observa con razon que las palabras *fine præstituto* eran otras veces sinónimas de *fini decimarum*. (Frag. Vat., § 294), es decir, dentro de los límites establecidos por la L. Julia (Ulpiano, XV). En el Digesto estas palabras tienen el trivial sentido, segun los términos de la convencion, de manera que la coma debe ponerse despues de *præstituto*.

(l) Salvo, sin embargo, los medios de disolucion propios de la sociedad. De otra manera se iría más allá de la intencion de las partes que han querido ciertamente una donacion, pero segun las reglas y las formas de la sociedad.

(m) L. 18, pr., § 1, 2, de don. (XXXIX, 5). La donacipn parcial contenida en la donacion *sub modo* sirve aquí únicamente para determinar los límites de la *condictio* ó de la *actio prescriptis verbis*; pero como se reconoce en este contrato el carácter de donacion, debe estar necesariamente sometido á las leyes especiales sobre la materia. Mühlenbruch, § 445, pretende que la insinuacion no se exige para la donacion *sub modo*; pero entónces para eludir enteramente la ley que prescribe la insinuacion, basta añadir á una donacion cualquiera el *modus* más insignificante. Mühlenbruch cita á Leyser, 435, 3, que sienta un error todavía mayor, porque confunde la donacion *sub modo* con la donacion remuneratoria.

(n) L. 5, § 5, de don. int. vir. (XXIV, 1) hace evidentemente una aplicacion de este principio que está establecido en la L. 5, § 2, eod. «si separari possit,» rel. (§ 152, *b*).

(o) La L. 19, § 1, 6, de don. (XXXIX, 5), menciona casos de este género.

no se encontrase diferencia alguna de valor que constituyese por sí sola el enriquecimiento *(p)*.

§ CLV.—V. *Donacion.—Diferentes actos jurídicos que pueden constituirla.*—I. *Dare.*

Despues de esta definicion completa de la donacion síguese pasar revista á las diversas relaciones de derecho bajo las cuales puede manifestarse (§ 142). Este exámen tiene por objeto, primeramente presentar la donacion bajo sus más variadas formas; en segundo lugar, exclarecer el aspecto positivo de la institucion haciendo ver de qué manera contribuye á la eficacia de los actos jurídicos, miéntras por su lado negativo es más bien un obstáculo para la eficacia de estos mismos actos; y, por último, demostrar que la donacion no tiene existencia real sino en estas aplicaciones, pues esta nocion abstracta, enajenacion con intencion de enriquecer, sólo toma vida y realidad incorporándose á un acto jurídico determinado. La condicion esencial de toda verdadera donacion es el *perficitur donatio*, cuya naturaleza no resulta muy evidente á causa de que los antiguos jurisconsultos, y acaso tambien las disposiciones de la *lex Cincia*, le habían añadido elementos convencionales que hacían su primitivo carácter muy difícil de reconocer *(a)*.

Cómo todas las clases de bienes son suceptibles de acrecentamiento, las más diversas relaciones de derecho que afecten éstos pueden servir para alcanzar el fin de la donacion. El enriquecimiento puede resultar:

1.° De un derecho real conferido al donatario;

2.° De una relacion obligatoria, que puede consistir:

a) En un crédito cedido al donatario;

b) En una deuda de la cual se le liberta.

Todas las donaciones simples se dividen, por tanto, en

(p) L. 5, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1) (§ 152, *b*) cuyo principio general es igualmente aplicable á este punto como á la intencion de donar.

(a) Se encuentra esta condicion en su forma primitiva y natural en los textos siguientes: Fragm. Vat., § 263, Eam quæ... citra stipulationem donavit, si neque poss... tradidit... *nihil egisse placuit.*» Ibid, § 266: «..,*destinationem potius liberalitatis*, quam effectum rei actæ continet.» § 293: «...manifesta *nec capta videatur.*»

tres clases, puesto que pueden efectuarse *dando, obligando* y *liberando.*

Las donaciones que resultan de los derechos reales pueden referirse á la propiedad ó á los *jura in re.* Las que se refieren á la propiedad son tan numerosas y tan importantes que se ha definido frecuentemente la donacion como uno de los medios de trasferir la propiedad (§ 142, *a*). En el derecho justiniáneo la forma empleada para trasferir la propiedad es simplemente la tradicion, sin consideracion alguna al fin que se propone *(b).* Tengo, pues, que tratar primero de la donacion que se verifica por medio de la tradicion. La naturaleza positiva de la donacion muestra su eficacia aquí, sirviendo á la tradicion de *justa causa*, y operando la trasmision real de la propiedad *(c).* Se entiende lo dicho en la suposicion de que el donante sea propietario de la cosa que dona, porque si no lo es, tendría entónces el acto efectos especiales de que hablaré más adelante. La tradicion puede verificarse en este caso bajo todas las formas que es susceptible de revestir, y desde luego por personas intermedias. *(d).* Así puede el donatario conservar la cosa que tenía ya en su poder en virtud de otro título *(e)*; puede tambien en virtud de una *missio in possessionem*, tomar por sí sólo posesion de la cosa como si el donante se la hubiera entregado personalmente *(f)*; y por último, puede tambien verificarse la tradicion por medio del *constitutum possessorium*, es decir, declarando el donante que posee la

---

(b) El antiguo derecho reconocía tres formas principales para la trasmision de la propiedad: *mancipatio, in jure cessio, traditio.* Se aplicaron naturalmente á la donacion, y aun en muchos casos se exigió el empleo de formas más solemnes. Así, pues, el derecho ha sido simplificado.

(c) L. 40, 1., de rer. div. (II, 1).

(d) L. 4, 6, de don. (XXXIX, 5). Entre los casos de este género es preciso colocar el mencionado más arriba, (§ 148, *a*); el caso en que se verifica la donacion, encargando al que debía entregarme la cosa como donante ó como vendedor que la trasmita á un tercero.

(e) L. 10, de don. (XXXIX, 5): «sive, quod ipse habeat, sibi habere eum jubens.»

(f) L. 6; L. 9, § 1. de don. (XXXIX, 5); L, 6, C. eod. (VIII, 54). Tal es principalmente el caso en que la donacion consiste en un simple goce de los frutos (§ 146). El donante permite al donatario tomar posesion de los frutos á medida que son producidos y de conservarlos á título de donacion.

cosa en nombre del donatario, en cuyo representante se constituye. Una aplicacion de esta última forma la vemos en la reserva del usufructo, reserva que puede hacerse, no con la intencion de conservar el goce, sino como medio de efectuar una tradicion inmediata, sin necesidad de ningun acto exterior *(g)*.

El abandono equivale á la tradicion cuando se verifica intencion formal de que otra persona adquiera la propiedad, siendo indiferente que esta persona sea determinada ó indeterminada, conocida ó desconocida. Este abandono se declara espresamente enajenacion *(h)*, por más que, rigurosamente hablando, la pérdida y la adquision de la propiedad no sean simultáneas, puesto que la pérdida comienza en el instante mismo en que se abandona la posesion *(i)*; de manera que existe un tiempo intermedio en que la cosa permanece sin señor; pero, aunque suele algunas veces prolongarse este intervalo, generalmente es muy corto para que pueda ser tomado en consideracion *(k)*. Desde el momento en que tiene lugar la ocupacion por la expresa voluntad del antiguo propietario, existe una verdadera donacion, sometida á todas las reglas del derecho positivo; pues en efecto, una vez reconocido que el acto tiene carácter de enajenacion, único que podía ofrecer alguna duda (nota *f*), es evidente que el adquirente resulta enriquecido por voluntad del propietario anterior *(l)*.

(g) L. 28, L. 35; § 5, C. de don. (VIII, 54).—Savigny, Besitz. § 27, página 373, 6.ª ed., Historia del derecho romano en la edad media, tomo II, § 66.—Meyerfeld, pág. 95 y sig. Este caso se presenta, por ejemplo, cuando el usufructo está limitado á un cierto número de dias.

(h) L. 5, quæ in fraud. (XLII, 8); L. 9, § 7, de adqu. rer. don. (XLI, 1); § 46, J. de rer. div. (II, 1). Cuando esta intencion no existe, el abandono de la posesion, ni aun el de la propiedad, constituye enajenacion. L. 119, de R. J. (L. 17). Asi, pues, es necesario admitir esta intencion especial para que pueda considerarse el abandono como enajenacion.

(i) L. 1; L. 2, § 1, pro derel. (XLI, 7).

(k) L. 1; L. 5, § 1, pro derel. (XLI, 7); L. 9, § 7, de adqu. rer. dom. (XLI, 1); § 46, J. de rer. div. (II, 1).

(l) Si en semejante caso no se admitiese la existencia de la donacion, resultarían eludidas todas las reglas positivas sobre la materia. Podría darse el caso de que uno abandonase un considerable dominio, del cual se apoderase inmediatamente otro, de acuerdo con el antiguo propietario, eludiendo por este medio la prohibicion de las donaciones entre esposos ó la ley sobre la insinuacion. Para evitar este inconveniente, se consideran como enajenaciones todos los casos de este género, por más

Podría creerse asimilable al abandono el caso en que un propietario deja voluntariamente de cumplir una usucapion comenzada, operando así, á sabiendas, la trasmision de la propiedad. Sin embargo, este silencio no constituye una donacion, porque en este caso no se verifica un acto jurídico, es decir, un acto positivo, sin el cual no puede concebirse la donacion *(m)*.

Hay donacion implícita de una suma de dinero en el caso en que el uso de una cosa, concedido gratuitamente, constituya una donacion; y otro tanto puede decirse de los servicios gratuitos. En estos casos la donacion consiste en la suma que el donatario se hubiera visto obligado á gastar (§ 146, *b*, *d*).

Puédese igualmente trasferir á título de donacion la propiedad parcial de una cosa. Esto tiene lugar cuando se dona una porcion ideal de la cosa, ora sea que el donante no posea más que esta porcion, ora que quiera conservar el resto *(n)*.

Los bienes donados pueden tambien ser gravados por los *jura in re*, ya sea que existan anteriormente, ya sea que el donante los imponga como restricciones de la donacion, por ejemplo, si se reserva el usufructo, no como simple forma de la tradicion (nota *e)*, sino con el fin de gozar de él efectivamente.

La donacion, por último, puede tener por objeto, no la propiedad verdadera, sino un derecho análogo. Tal era, en el antiguo Derecho, el *in bonis* y el régimen establecido para los inmuebles de las provincias; tal es tambien, en el Derecho nuevo, la *bonæ fidei possessio*, de que hablaré bien pronto con todos sus detalles.

§ CLVI.—*Donacion.—Diversos actos jurídicos que pueden constituirla. I.—Dare* (Continuacion).

En lo que respecta á la tradicion como medio de verificarse la donacion, sólo me resta que examinar el caso en

---

que, segun el rigor de los principios, podría dudarse de este carácter (nota *h*).

(*m*) Véase más arriba, § 144. Yo he establecido este principio relacionándolo con otros principios análogos (Apéndice IX).

(*n*) Meyerfeld, I, pág. 123.

que el donante carece de la propiedad que pretende trasmitir.

Desde luego es evidente que semejante acto en nada influye sobre el derecho del propietario *(a)*; pero si éste consiente en la donacion, adquiere el donatario inmediatamente la propiedad, y se supone que, por una *brevi manu traditio,* el propietario se la había trasmitido de antemano al donante. La relacion de donacion, sin embargo, en este caso existe solamente entre el que dona y el que recibe, y de ningun modo entre el propietario anterior y el donatario, cualquiera que sea el motivo de su consentimiento; bien sea que haya querido gratificar al donante, bien haya querido venderle la cosa objeto de la donacion *(b)*.

La donacion de la cosa agena, áun sin el consentimiento del propietario, tiene, no obstante, una importancia real, pues sirve de título para la usucapion, que se dice entónces *pro donato (c)*. Puede considerarse esta usucapion, ó como simple continuacion de la *bonæ fidei possessio* del donante, lo cual constituye ya una donacion (§ 155), ó como un hecho

---

(*a*) L. 14, 21, 24, C. de don. (VIII, 54); L. 2, C. de usuc. pro don. (VII, 27).

(*b*) L. 9, § 2, de don. (XXXIX, 5): «Quod filius-familias patris *jussu* aut *voluntate* donavit, perinde est, ac si pater *ipse donaverit,* aut si mea voluntate rem meam *tu*, *nomine tuo*, *Titio dones.*» Distingue este texto dos casos: si el padre ordena la donacion (jussu), él mismo es el *donator,* sólo que emplea un intermediario para llevar á cabo su liberalidad (§ 155); si no hace más que consentir (voluntate) el hijo es el *donator,* de igual modo precisamente que si el consentimento se verifica á favor de un donante *sui juris.* Es indudable que, en estos casos, el poder paterno impide que exista tradicion ni donacion del padre al hijo; pero el resultado definitivo es el mismo que si el intermediario fuese un extraño. Lo mismo acontece cuando un donante encarga (*donationis causa*) á un tercero que trasmita al donatario una cosa de la propiedad de un tercero, como, por ejemplo, una suma de dinero; en este caso tiene éste para conseguir la restitucion del dinero, una *mandati actio* contra el donante. L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1): «ut *traditio quæ mandante uxore* mortis causa facta est...» Vénse casos semejantes en la L. 19, § 3, de don. (XXXIX, 5); L. 26, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*c*) Existen dos títulos sobre esta materia, Dig. XLI, 6, C. VII, 27. Una objecion general contra el principio establecido parece existir en la L. 9, § 3, de don. (XXXIX, 5): «Donari non potest, nisi quod ejus fit cui donatur;» pero en el antiguo Derecho esta regla se refiere á la *lex Cincia* y significa que la mancipacion es necesaria para la donacion de una *res mancipii*, y que la donacion no basta; en el Derecho nuevo este pasaje tiene el mismo sentido general que los textos citados en la nota *a*. Véase Zeitsch. f. gesch. Rechtswiss., tomo IV, pág. 40.

independiente, cuando, por carecer el donante de la buena fé ó del título, ha de comenzar la usucapion en la persona del donatario, puesto que, no debiendo entónces ser considerada la *bonæ fidei possessio* como un derecho trasmitido, no puede apoyarse, ni ayudarse tampoco de la *accessio possessionis*.

Preséntase ahora la grave cuestion de saber si en este caso existe una donacion propiamente dicha, sometida á la formalidad de la insinuacion, á la prohibicion entre esposos y á la revocacion por causa de ingratitud.

De la opinion afirmativa resultaría que la donacion de la cosa agena, cuando le son aplicables las reglas restrictivas, no puede valer ni aun como título para la usucapion; y hé aquí los motivos que parecen militar en favor de esta doctrina. Cuando un marido dona á su mujer una cosa que le pertenece, no solamente no se verifica la trasmision inmediata de la propiedad, si no que tampoco puede ser aplicable la usucapion para suplir este defecto de trasmision, puesto que no ejerciendo la mujer en este caso ninguna *civilis possessio (d)* no puede usucapir *(e)*. Faltan, en efecto, á la mujer todas las condiciones requeridas para adquirir por usucapion la cosa donada por su marido: carece de título, porque un acto prohibido es nulo, y no es susceptible de crear título alguno; no tiene la posesion de buena fé, puesto que sabe que posee la cosa de otro *(f)*. Podría creerse

---

(d) Savigny, Recht des Besitzes, § 7.

(e) L. 1, § 2. pro. don. (XLI, 6): «Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio.» Este principio se refiere directamente al caso aquí mencionado, puesto que el donante es propietario de la cosa. Aun en el caso de separacion, se dice más adelante, no comienza la usucapion hasta que «si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intellegatur;» pues en esta época la donacion es lícita. (Sobre esta *concessio*, véase L. 32, § 10, de don. int. vir., XXIV, 1). Podría preguntarse porqué en este caso, siendo la donacion lícita y suficiente para trasmitir la propiedad, se exige, sin embargo, la usucapion. Sin duda Paulo se refería entónces á una *res mancipi*, en cuyo caso sería necesaria una usucapion supletoria, puesto que esta *concessio* no podía valer sino como tradicion. En virtud de una *concessio* semejante á la que implica la L. 1, § 2, citada, es como puede explicarse el final de la L. 24, de don. int. vir. (XXIV, 1): «... altero, quod fuerit vitium, amotum sit.» *Quod*, está aquí tomado por *si quod*, de manera que la regla comprende todos los casos posibles, aquellos en que hay *vitium* y aquellos en que no existe.

(f) L. 19, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). «...hoc enim b. f. possessoribus concessum est: *virum autem scientem alienum possidere*.» Esta

como consecuencia de lo dicho, que, cuando el marido dona á su mujer una cosa de que no es propietario, tendría el acto el mismo resultado, y que en él no existirían ni título, ni posesion de buena fé; y sin embargo, no es así; la semejanza no es tan completa como parece. Un texto de Pomponio sobre este caso particular está concebido de la siguiente manera: L. 3, pro don. (XLI, 6): «*Si vir uxori, vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere.*» Se distinguen aquí por consiguiente dos casos: 1.° Cuando el donante resulta empobrecido por la donacion, es decir, cuando existe donacion verdadera y propiamente dicha, de igual manera y por igual motivo que cuando el donante es propietario de la cosa, no hay lugar á la usucapion; se supone que el donante mismo tenía una *b. f. possessio,* esto es, una posesion con usucapion, de manera que al renunciar á este verdadero derecho resulta, en efecto, empobrecido (§ 155), y por tanto, sin título el donatario é incapacitado de adquirir por usucapion *(g)*. 2.° Cuando la donacion no empobrece al donante hay lugar á la usucapion. Se supone entónces que el donante no tenía titulo ni posesion de buena fé; no resulta más pobre puesto que no tenía ningun derecho que perder; ¿por qué sin embargo, se admite en este caso la usucapion? No hay ausencia de título, pues la prohibicion de la ley no se aplica á semejante caso *(h)*; por otro lado, la posesion de buena fé pa-

---

decision se aplica tambien á la mujer, y, despues del antiguo derecho, aunque hubiese ignorado la ley que prohibe la donacion. En efecto, si el antiguo derecho permite á las mujeres invocar la ignorancia del derecho, en la materia de donaciones existe una excepcion á esta regla. Véase apéndice VIII, núm. VIII y núm. XXX, *d.*

(g) En el derecho nuevo este caso es el único posible. En el antiguo existía tambien otro, aquel en que el donante tenía la cosa *in bonis*, como, por ejemplo, cuando el marido que poseía una casa en virtud de una simple tradicion (sin mancipacion), la donaba á su mujer ántes de que hubiese pasado el tiempo necesario para la usucapion. Ambos casos presentan el importante resultado de que la donataria no puede comenzar la usucapion ni el donatario continuar su usucapion anterior, la cual se encuentra interrumpida por la verdadera posesion de la donataria. L. 1, § 4, de adquis poss. (XLI, 2); L. 1, § 2, int. *f.* pro. don. (XLI, 6).

(h) Muéstrase aquí claramente y con resultados prácticos la diferencia en otro lugar señalada entre el aspecto positivo y el negativo de la donacion (§ 142, 143), diferencia que, en la mayor parte de los casos,

rece faltar siempre (nota *f*). Como á los jurisconsultos romanos no se ofreció dificultad alguna en este punto, parece que consideraban la cuestion de la siguiente manera: el donatario supone que la cosa es siempre de la propiedad de otro, es decir, de su cónyuge donante; ahora bien, este error, como error de hecho, no le perjudica y puede considerarse que posee de buena fé, una vez que ignora el derecho del verdadero propietario *(i)*.

Esta regla se halla efectivamente reconocida en el siguiente texto, que no deja duda alguna sobre el carácter de la posesion. L. 25, de don. int. vir. (XXIV, 1): «Sed et si, constante matrimonio, res aliena uxori á marito donata fuerit, dicendum..... etsi non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio. Nam jus constitutum ad eas donationes pertinet, *ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit.....» (k)*. Se encuentra aquí expresada la regla como si la usucapion tuviese tugar en todos los casos, aun en aquél en que la donacion empobrece al donante; pero por la manera que Terencio Clemente, autor de este texto, tiene de motivar la regla, aparece que adopta enteramente la distincion de Pomponio y que no admite la usucapion cuando el donante tenía la *b. f. possessio*.

Los antiguos jurisconsultos romanos, siguiendo su costumbre, han desenvuelto estas reglas con motivo de las donaciones entre esposos, pero es evidente que son de igual modo aplicables al defecto de insinuacion. Así, pues, cuando un indivíduo posee de mala fé una casa que vale 2.000 ducados, y sin insinuacion la dona de buena fé á un tercero, éste tiene la usucapion *pro donato* de toda la casa. Por el contrario, si el donante hubiese tenido la *b. f. possessio*,

---

pasa desapercibida. En efecto, hay donacion en tanto que el marido proporciona un título para la usucapion, la *usucapio pro donato*. No hay donacion en tanto que la cosa donada se trasfiere entre esposos incurriendo en la prohibicion de las donaciones durante el matrimonio.

(i) Apéndice VIII, núm. XV *a*. Este caso puede expresarse tambien de la manera siguiente: «Plus est in re quam in existimatione.» Véase Faber conject. VII, 13. Retes de don. int. vir. C. 10, § 5. (Meerm., t. VI). Glück, t. XXVI, pág. 41, 46. Unterholzner Verjahrung, t. I, pag. 395.

(k) Omito las demás partes del texto relativas á la *mortis causa donatio*, las cuales se explican por la ley Julia, sin que haya necesidad de recurrir á las diversas correcciones propuestas. Véase Glück, t. XXVI, páginas 39, 46.

la usucapion no hubiese alcanzado á la parte de valor excedente de la cuota legal; pues, en efecto, una vez cumplida la usucapion, se supone que la propiedad perfecta fué donada desde luego (§ 166).

De mil maneras diversas pueden ser los *jura in re* objeto ó materia de donacion *(l)*. El propietario puede donar constituyendo gratuitamente un usufructo; el usufructuario trasfiriendo al propietario el usufructo sin indemnizacion alguna *(m)*. El usufructuario puede tambien hacer donacion á un tercero del goce del usufructo *(n)*; sin embargo, este acto constituye más bien una donacion de propiedad, á saber: la de los frutos venideros (§ 146, f), puesto que no establece modificacion alguna en la sustancia del *jus in re*.

El *uso* puede ser tambien constituido como donacion hecha por el propietario *(o)* y ser devuelto á éste con el mismo carácter; pero, en general, no puede ser cedido á un tercero, ni por consiguiente ser objeto de una donacion hecha á tercera persona *(p)*. Las mismas reglas se aplican á las servidumbres prediales *(q)*.

La enfitéusis puede servir igualmente de materia á la donacion. En este sentido el propietario puede constituir una

---

(l) A esta clase de donacion y á todas las demás de que acabo de hablar, se aplica la regla de la L. 9, pr. de don. (XXXIX, 5). «Potest enim et citra corporis donationem valere donatio.» Basta este texto para mostrar que la L. 9, § 3, eod. (nota *c*), no debe tomarse en la generalidad absoluta que sus términos parecen establecer.

(m) L. 76, 78, de j. dot. (XXIII, 3); L. 57, sol. matr. (XXIV, 3). A la verdad estos textos hablan, no de la donacion, sino de la dote que puede ser constituida por medio de un usufructo; pero como ambas instituciones difieren solamente en el fin que la liberalidad se propone, podemos aplicar estos textos á la donacion, salvo que tengamos en cuenta las dificultades que entraña para la dote la necesidad de restitucion á la disolucion del matrimonio; dificultad que constituye el principal objeto de los textos citados.

(n) L. 12, § 2; L. 38; L. 40, de usufr. (VII, 1).

(o) Una donacion de este género es la que se refiere á la L. 27, de don. (XXXIX, 5). Véase § 153, notas *l* y *o*.

(p) L. 10; pr., L. 11, L. 12, § 6, de usu. (VII, 8).

(q) L. 17, comm. præd. (VIII, 4). Puede preguntarse bajo qué forma las servidumbres de todo género pueden ser constituidas á títulos de donacion; pero este punto forma parte de la cuestion general de saber si las servidumbres de todas clases pueden ser constituidas en virtud de un contrato consensual, ó si es indispensable además la tradicion. Sobre la cuestion de si puede valer como donacion la abolicion de una servidumbre por el no uso, véase apéndice IX.

enfitéusis gratuita, el enfitéuta puede, con el carácter de donacion, devolver su derecho al propietario ó cederlo á un tercero *(r)*. Otro tanto puede decirse del derecho de superficie *(s)*.

El derecho de prenda no puede ser objeto de donacion porque no representa materialmente cantidad de bienes, sino una garantía contra una pérdida eventual (§ 149).

§ CLVII.—V. *Donacion.—Diversos actos jurídicos que pueden constituirla.—2. Obligare.*

Al enumerar los medios de efectuarse una donacion, coloqué en segundo lugar los créditos con los cuales el donatario resulta enriquecido. Estos créditos son de dos clases: los unos á cargo del donante; los otros á cargo de un tercero.

La donacion que consiste en un crédito suscrito por el donante, constituye lo que ordinariamente se conoce con el nombre de promesa de donacion que muchos autores modernos han designado arbitrariamente como el carácter principal de toda donacion (§ 142).

Segun el expresado nombre, promesa de donacion, podría creerse que la donacion verdadera consiste en la tradicion real de la cosa donada; pero sería gran error el creerlo así: la verdadera, la sola donacion, en este caso, es la promesa de la cual resulta el enriquecimiento efectivo *(a)*; la tradicion subsiguiente no es más que el simple pago de una deuda, de ninguna manera una donacion *(b)*.

En cuanto á la forma de este contrato, en el antiguo derecho podía emplearse la estipulacion y tambien el contrato literal, tanto bajo la antigua, como bajo la nueva forma. Era la una la trascricion en los registros domésticos que lleva-

---

(r) § 3, J. de loc (III, 24); L. 1, C. de fundis patrim. (XI, 61).
(s) L. 1, § 7, de superfic. (XLIII, 18).
(a) L. 49, de V. S. (L. 16).
(b) Véase más arriba, § 149. La importancia de esta distincion se manifiesta en las aplicaciones siguientes: Si ha sido sometida á insinuacion la promesa de una suma importante, el pago no tiene necesidad de este requisito; y, si hubo promesa de donacion entre dos futuros esposos, la realizacion de esta promesa durante el matrimonio es un acto lícito.

ban todos los Romanos *(c)*; la otra consistía en la trascripcion en los libros de los *argentarii*. Por lo demás, el contrato literal fué enteramente abolido por el derecho justiniáneo. La donacion no puede nunca resultar de un *constitutum*, pues si existiese una obligacion anterior, aunque fuese natural, su trasformacion en obligacion civil no podría constituir donacion (§ 149), y el *constitutum* no produce efecto alguno *(d)* en ausencia de una obligacion anterior. El derecho justiniáneo vino á facilitar y simplificar la cuestion, puesto que concede acciones á los contratos que carecen de ciertas formas, y la promesa ordinaria de donacion fué asimilada á los contratos consensuales *(f)*. Algunas veces se llama *donatio (g)* la promesa hecha á una ciudad *(pollicitatio)*, y tambien la que se hace en honor de una divinidad *(votum)*; pero estos actos no se someten nunca á las reglas restrictivas de una verdadera donacion. La *lex Cincia* no los comprendía *(h)*; y aunque nominalmente no están dispensados de la

---

(c) Trata este punto con gran profundidad Meyerfeld, I, pág. 168 y sig.—Inútilmente se opondría la L. 26, de don. (XXXIX. 5) que se aplica á la simple mencion en el libro ordinario de gastos; pero no al contrato literal. Primeramente en la época en que vivía Pomponio, hacía largo tiempo que se había abandonado el uso de los antiguos registros domésticos; en segundo lugar, el texto habla principalmente de una simple *acceptilatio*, miéntras que el antiguo contrato literal tenía por base necesariamente una *expensilatio*.

(d) L. 3, § 1, de pec. const. (XIII, 5) semejante á la L. 1, 7, eod.—Meyerfeld, I, pág. 185 y sig.

(e) L. 35, § 5, C. de don. (VIII. 54), § 2, 3, de don. (II, 17); Nov. 161, C. 1. Donelo, XIII, 22, § 7, 8, incurre en la notable singularidad de restringir este principio al contrato *de præsenti*, cuando, por ejemplo, dice alguno: «dono tibi hanc rem;» de manera que una promesa para lo futuro no daría lugar á accion alguna. En opinion de este autor esta *donatio in præsens concepta* contendría en sí una tradicion ficticia. Todo esto es enteramente arbitrario.

(f) Digo promesa de donacion ordinaria, por oposicion á la que excede de 500 ducados. Más allá de esta suma se exige la insinuacion, de igual modo que para la donacion en que la tradicion tiene lugar; de manera que el objeto de la insinuacion no es el de suplir el defecto de forma de un contrato.

(g) L. 9, L. 13, § 1, de pollic. (L. 12).

(h) L. 19, pr. de don. (XXXIX. 5); L. 3, § 1, de pollic. (L. 12). Estos dos textos distinguen evidentemente esta clase de promesa de las donaciones propiamente dichas sometidas á la L. Cincia. Lo mismo sucede respecto al *votum*. L. 2, de pollic. (L. 12).

insinuacion, esta formalidad no les era aplicable en manera alguna, pues la *pollicitatio* es una institucion completamente distinta de la *donatio*, y con frecuencia se la designa con su nombre especial *(i)*.

La promesa de donacion se distingue bajo muchos puntos de vista de los contratos obligatorios ordinarios. Así es que el deudor no paga intereses *(k)*; si cae en la miseria tiene á su favor lo que se llama el *beneficium competentiœ* y puede además hacer que se computen sus otras deudas para declarar su insolvencia *(l)*; si la cosa prometida perece ó se menoscaba responde solamente del *dolo* y de la negligencia grave *(m)*; igualmente, sólo en caso de dolo está obligado á garantizar al donatario contra la eviccion y las acciones edilicianas *(n)*.

Tambien puede efectuarse la donacion por la aceptacion indirecta de una deuda como por ejemplo, cuando se renuncia á sabiendas á una excepcion que proteje contra una accion ya intentada *(o)*; y tambien cuando por cualquier otro medio indirecto se deja la parte condenar voluntariamente ó se confiesa *in jure* una deuda supuesta *(p)*.

(i) La proteccion especial y excepcional concedida á los herederos para garantirlos contra la exajeracion de la promesa, nos muestra que este caso no debe ser tratado conforme á las reglas de la *donatio*. L. 6, pr.; L. 9: L. 14 de pollic. (L. 12). Además en este caso pueden exigirse intereses moratorios (L. 1, pr. eod.), lo cual no tiene lugar en la donacion.

(k) L. 22, de don. (XXXIX, 5).

(l) L. 12; L. 33, pr. de don. (XXXIX, 5); L. 19, § 1, L. 30; L. 41, § 2, *de re jud.* (XLII, 1; L. 33, de j. dot. (XXIII, 3).

(m) Segun el principio general establecido en la L. 5, § 2, commod. (XIII, 6), y la L. 108, § 12, de leg. 1, (XXX. un). Si bien en estos textos la regla se establece solamente para los contratos, y aun entre ellos para los de buena fé, esto no obsta para la aplicacion que aquí hago de ella; pues en la L. 108 citada, vemos aplicada la regla, por añalogía, á los legados, y esta analogía es aun más directa respecto á las promesas de donacion.

(n) L. 18, § 3, de don. (XXXIX, 5); L. 62, de œdil. ed. (XXI, 1). Aún en el caso de dolo no puede reclamarse como se reclama en el contrato de venta, disminucion ó restitucion del precio, puesto que en este caso no hay precio, sino solamente sumas gastadas por el donatario, con ocasion de la cosa donada, resultando éste, si no se le indemniza, más pobre que ántes de la donacion.

(o) L. 12, de novat. (XLVI, 2) «...similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videbitur.»

(p) L. 1, § 7, si quid in fraud. (XXXVIII, 5). «Si quidem condemnatus est data opera, vel iñ jure confessus, dicendum erit Favianam locum habere.» Lo que motiva aquí la aplicacion de la Faviana debe ser considerado como donacion cuando se hace para enriquecer al adversario.

La segunda clase de donacion verificada por medio de una obligacion es aquella en que el donatario adquiere un crédito contra un tercero.

Este crédito puede ser donado en el momento mismo de su constitucion; como, por ejemplo, cuando un indivíduo presta su dinero en nombre de aquél á quien quiere gratificar, ora sea que este último se haga prometer el pago por un acto especial, ora sea que de antemano se haya convenido el negocio con el donante, en cuyo caso, esta convencion equivale á un *constitutum* que trasmitiría al donatario la propiedad del dinero *(q)*. El mismo carácter ofrece el caso en que un depósito deba restituirse, no al depositante, sino á un tercero, á saber, el donatario, siempre que éste haya intervenido en el acto del depósito *(r)*. La dote que un estraño dona ó promete al marido es tambien un acto del mismo género, pues en este caso hay siempre una donacion he-

---

(q) L. 34, pr. de don. (XXXIX, 5). «Si·pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam fœneravit, *eamque filius stipulatus (est)* ipso jure perfectam donationem, ambigi non potest.» Habla este texto de un acuerdo entre el donante y el deudor. Cuando el acuerdo tiene lugar entre el donante y el donatario (mediando un constitutum possessorium), la decision es la misma. L. 2, § 4; L, 9, § 8, de reb. cred. (XII, 1). (En el último texto las palabras *absente et ignorante*, se refieren al momento de la realizacion del contrato; la existencia de una *voluntas* anterior está necesariamente supuesta, como lo prueba el pasaje de Juliano que se cita más adelante). Cuando el deudor no participa de estas diversas convenciones, no implica el acto una *perfecta donatio*, sino la indicacion de gratificar, siendo la tradicion que el deudor hace despues al donatario la que completa la donacion. L. 19, § 3, de don. (XXXIX, 5). (Véase § 160, *o*). Podría oponérseme la L. 35, § 2, de don. (XXXIX, 5), que habla de un abuelo, el cual habia donado su dinero á título de préstamo á su nieto Labeon: «Respondit, *cum debitor Labeoni obligatus est* (ó esset), perfectam donationem esse.» El sentido del texto es que la donacion está perfecta cuando Labeon ha adquirido una accion contra el deudor en virtud de cualquiera de los procedimientos más arriba indicados. Las palabras *cum debitor*, etc., tienen un sentido restrictivo que viene á confirmar la doctrina que he sentado.

(r) En la L. 31, § 3, de don. (XXXIX, 5), se dice, hablando de un simple *depositum* hecho en nombre de un tercero: «non videri celebratam donationem respondi,» lo cual no sucede con el *depositum* con trasferencia de la propiedad, hecha á presencia del donatario; pues este caso es absolutamente igual al del préstamo con *constitutum possessorium* (nota *q*). L. 31, § 1, eod. Inútilmente se buscaría una contradiccion en la L. 6, C. de don. int. vir. (V, 16): «etsi donasse te uxori res tuas *ex hoc quis intelligat*,» pues aquí se reconoce la existencia de una donacion verdadera que se declara nula á causa de la prohibicion absoluta de las donaciones entre esposos.

cha á la mujer, la cual adquiere contra su marido la *dotis actio* para el caso de disolucion del matrimonio *(s)*.

Podría dudarse si en los ejemplos que acabo de citar no existirá simplemente la renuncia á una adquisicion eventual que excluiría la donacion (§ 145); pero debe tenerse en cuenta que el donante hace aquí todo lo que es necesario para adquirir un crédito, cuya trasmision inmediata al donatario no es más que un medio de abreviar la operacion, y el donante obtiene el mismo resultado que si hubiese adquirido primero el crédito y lo hubiera cedido despues (§ 148, *a*).

El mandato *donationis causa* de prometer una cosa á un tercer donatario, constituye una donacion de la misma especie; sólo que en este caso el mandante tiene, para hacerse indemnizar por el donante, una *mandati actio contraria* *(s¹)*.

De igual manera puede el crédito existir con anterioridad y convertirse despues en materia de una donacion. Este resultado se obtiene por medio de una cesion que toma entónces el carácter de donacion verdadera *(t)*. La delegacion es todavía un medio más eficaz; el acreedor que quiere gratifi-

---

(*s*) L. 9, § 1; L. 33, in f.; L. 43, § 1, de j. dot. (XXIII, 3); L. 5, § 5, de doli exc. (XLIV, 4); L. un., § 13, C. de rei. ux act. (V, 13). Las numerosas modificaciones que estas decisiones introducen en el régimen de la insinuacion, por especial favor á la dote, lejos de oscurecer el caráctor general de la dote, no hacen más que confirmarla. Existe igualmente donacion en el caso inverso, á saber: cuando la mujer constituye su dote y por liberalidad hácia un tercero le permite estipular su restitucion. L. 11, de dote prœleg. (XXXIII, 4).

(*s¹*) L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1). «Uxor viro fructum fundi ab herede suo dari, quod si datus non fuisset certam pecuniam mortis causa promitti curavit: defuncto viro viva muliere stipula.io solvitur.» En este caso la mujer habrá donado el mandato á su heredero (presunto). Si éste llega á ser efectivamente heredero, la *maudati actio* resulta extinguida por la *confusio;* si no llega á ser heredero por renunciar á la sucesion ó por otra causa semejante, puede dirigir esta accion contra el heredero, cuando la donacion haya sido confirmada por la pre-defuncion de la mujer.

(t) L. 2-3, C. de don. (VIII, 54). Con arreglo á los principios generales sobre la sucesion, el crédito cedido no pasaba á los herederos del donatario, sino cuando había sido ya entablada la *litis contestatio;* la L. 33, C. de don. (VIII, 54) establece, en favor del donatario, una excepcion especial á esta regla; pero habiendo concedido la ley 35 una accion á toda promesa de donacion, la excepcion referida llegó á ser inútil; pues, en efecto, la cesion necesaria engendra sin necesidad de la *litis contestatio* una *utilis actio* que pasa siempre á los herederos.

car á un tercero encarga á su deudor que se obligue *expromittere* respecto á esta tercera persona *(u)*; y en tal caso la delegacion es en realidad una donacion que, por el primitivo crédito *(v)*, se hace al tercero.

Hé aquí un caso aún más complicado. Cuando A quiere gratificar á B, y B quiere gratificar á C con una suma de 1.000 escudos, y B encarga á A prometer á C los 1.000 escudos, hay entónces donacion de A á B y de B á C, pero no de A á C que son precisamente los únicos entre los cuales existe la relacion de deudor á acreedor *(w)*.

El que presta una caucion no hace donacion alguna al acreedor, porque éste no recibe aumento alguno en sus bienes, sino solamente una garantía contra una pérdida eventual (§ 149, d.).

§ CLVIII.—*Donacion—Diversos actos que pueden constituirla. 3. Liberare.*

Toda liberacion de una deuda enriquece al deudor *(a)*; de manera que si la liberacion contiene los demás elementos de la donacion constituye una donacion verdadera. El importe de ésta es siempre igual al de la deuda, aunque el deudor fuera insolvente *(b)*, pues por más que parezca cosa indiferente la liberacion de una deuda destinada á no ser pagada nunca, no por eso deja de existir un aumento real en los bienes del deudor. En efecto, no solamente representan los bienes una cantidad indeterminada, sino que su valor total puede ser tambien positivo ó negativo; de suerte que si los bienes se reducen á un valor negativo, la disminucion del *minus* es un derecho, una modificacion idéntica al aumento del *plus* respecto á un valor positivo.

El crédito que forma el objeto de la donacion puede pertenecer al donante mismo ó á un tercero.

(u) L. 2, § 1, de don. (XXXIX, 5); L. 11, C. eod. (VIII, 54). A la delegacion y á la cesion se refiere este texto de los Frag. Vatic., § 263: «....nec interpositis delegationibus, aut inchoatis litibus, actiones novavit....»

(v) L. 21, § 1, de don. (XXXIX, 5). Véase apéndice X, núm. VII.

(w) L. 2, § 2; L. 33, § 3, de don. (XXXIX, 5); L. 41, pr. de rejud. (XLII, 1). De manera que si C intenta contra A nna accion fundada en una promesa, A no puede invocar el *beneficium competentiæ*.

(a) L. 115, pr. de R. J. (L. 17); L. 20, quod metus (IV, 2) L. 11, pr. de acceptil. (XLVI, 4).

Si el credito pertenece al donante, se verifica ordinariamente la donacion por medio de un contrato. Entre los Romanos, este contrato podía ser una aceptilacion de igual manera que un simple pacto. Aquí, como en otros puntos, la aceptilacion es la vía más eficaz *(c);* más para valer como donacion, es preciso que la demanda estubiese fundada en derecho, de modo que si podía ser rechazada por una excepcion de igual manera que, si la aceptilacion intervenía solamente como medio de extinguir una deuda aparente, no existía verdadera donacion, pues el deudor no resultaba enriquecido por el acto *(d).*

De igual modo, el simple pacto podía valer entre los Romanos como donacion, si en virtud de él se operaba en realidad la liberacion *(e).* Ésta, ordinariamente sólo tenía lugar *per exceptionem*, lo cual era bastante, si bien en ciertos casos tenía tambien lugar *ipso jure (f),* que es la regla general en el Derecho justinianeo.

La remision de la deuda puede tambien verificarse tácitamente, es decir, por medio de actos que establecen con evidencia la intencion de las partes *(g).*

(*b*) L. 31, § 1, de mortis causa don. (XXXIX, 6); L. 22, § 3; L. 82, ad L. Falcid. (XXXV, 2): «ipse sibi solvendo videtur, et, quod ad se attinet. dives est.

(*c*) L. 17, de don. (XXXIX, 5); L. 2, C. de acceptil. (VIII, 44).

(*d*) Véase § 149. Se expone de una manera completa este caso en la L. 3, de cond. sine causa (XII, 7); L. 2, § 3, de doli exc. (XLIV, 4).

(*e*) L, 1, de transact. (II, 15). «Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit: qui vero *paciscitur donationis causa* rem certam et indubitatam *liberalitate remittit.*» Las palabras *donationis causa* se refieren como determinacion restrictiva á *paciscitur;* así, pues, *pactum* es el género cuyas especies son la transaccion y la remision de la deuda á título de donacion. (V. L. 2, eod.; Bartolo, sobre la L. 1, citatada, y conforme á él otros autores. Sin embargo, la vírgula está colocada equivocadamente despues de *paciscitur* áun en ediciones muy modernas). La distincion aquí establecida se funda en la esencia misma del asunto, y en nada modifica la realidad del contrato el que las partes hayan empleado por error la palabra *donatio.* (V. C. 15, § 4, locati, XIX, 2. L. 1, § 1, quib. mod. pign. (XX, 6); L. 28, § 2 de pactis, (II, 14); L. 52, § 26, de furtis. (XLVII, 2); L, 15, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2).

(*f*) L. 17, § 1; L. 27, § 2 de pactis, (II. 14); L. 17, § 6 de injur. (XLVII, 10).

(*g*) Como á menudo se hace por medio de la remision del título. L. 2, § 1 de pactis, (II, 14) (V. § 131). Algunas veces por vía de interpretacion se admite un contrato de esta clase. V. L. 17, § 1, de usur. (XXII, 1); L. 26, de prob. (XXXII, 3), Estos textos deciden solamente casos de conciencia y equivocadamente se han querido sacar de ellos reglas de derecho y oponerlos á otras reglas jurídicas.

La renuncia hecha por el acreedor solo, no podría valer ni como donacion, ni como remision de la deuda; pero aceptada por el deudor, se convierte en un contrato con los efectos más arriba enumerados. En tanto que esta aceptacion no interviene, puede la renuncia ser siempre revocada, y la revocacion resultar, no sólo de una citacion en justicia, sino tambien de un acto extrajudicial *(h)*.

La declaracion hecha por el acreedor de que el deudor no le debe nada y que lo ha pagado todo, tiene un carácter equívoco; segun las circunstancias, puede considerarse como remision de la deuda ó como simple declaracion de pago, y en este último caso es nula si se prueba que se ha otorgado por error *(i)*.

El alzamiento por el acreedor de una fianza no es una donacion, pues si la caucion no enriquece al acreedor (§ 149, *d)*, su remision no lo empobrece, y por consiguiente no constituye donacion.

La liberacion del deudor por el acreedor donante, puede verificarse tambien indirectamente y por contrato, como por ejemplo, cuando el acreedor interpone una demanda ante los tribunales, pero dirige el procedimiento de manera que su demanda deba ser rechazada *(k)*, y de igual modo, cuando sin entablar discusion, reconoce ante el Juez que su adversario no le debe nada *(l)*.

En los diferentes casos que acabo de enumerar, la deuda

(*h*) Se trata esta cuestion con gran profundidad en Meyerfeld, I, p. 208. Muchos prácticos sostienen la opinion contraria. V. Kind. quæst. for. tomo IV, cap. 59. Se me podría oponer la L. 18, § 2, de m. c. don. (XXXIX, 6) y la L. 28, eod. V. sobre estos textos, § 170, *cc*).

(*i*) L. 40, pr. de pactis (II, 14); L. 6; L. 13, C. de solut. (VIII, 43. La *condictio indebiti* puede oponerse contra la *acceptilatio* misma, si se ha hecho por error. Esta condictio es inútil en el caso de un simple finiquito porque éste no es un acto jurídico, sino un medio de prueba.

(*k*) L. 5, § 7, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 3, § 1, quæ in fraud. (XLII, 8); L. 1, § 7, si quid in fraud. (XXXVIII, 5). Si tiene lugar entre esposos el juicio no es ménos válido, pero el esposo acreedor tiene una condicion para recobrar el valor de su crédito. L. 5, § 7, cit.

(*l*) L. 29, § 1, de don. (XXXIX, 5). No deben citarse, con respecto á esta clase de donaciones, muchos textos en los cuales la palabra *donare* se emplea de una manera muy impropia, hablando de la liberacion llevada á cabo por medio del pretor ó de un abogado, es decir, por personas que no hacen ningun sacrificio personal. L. 8, § 17, de transact. (II, 15); L. 212, de V. S. (L. 16). Sobre la liberacion resultante de una prescripcion que el donante deja cumplir, V. Apéndice IX.

de la cual se encuentra libre el deudor existía realmente ántes de la donacion; ahora bien, hay casos en los cuales puede ésta tener lugar de manera que la deuda se extinga ántes de su aparicion, y por consiguiente que no haya existido nunca. El que sin haber recibido mandato toma bajo su cuidado los negocios de otro, adquiere una *actio negotiorum gestorum contraria* para hacerse reembolsar de sus gastos; pero si obra con la intencion de gratificar á aquél de cuyos negocios cuida, esta obligacion no toma nacimiento. Existe entónces una donacion realizada por medio de la liberacion de una deuda no contraida, pero que lo hubiera sido á no existir la intencion bienhechora. Lo mismo sucede cuando se cultivan gratuitamente las tierras ajenas, es decir, con la intencion de donar la semilla y los gastos de cultivo, ó cuando se construye una casa sobre el terreno de otro, con la intencion de donar al propietario del terreno, los materiales y la mano de obra *(m)*.

Por último, el crédito que forma la materia de la donacion puede pertenecer á otra persona que no sea el donante. Cuando se paga la deuda de un tercero queda éste libre, aunque el pago se verifique sin mandato expreso por su parte, ignorándolo y áun contra su voluntad *(n)*; y si á este acto va unida la intencion de enriquecer al deudor, constituye una donacion verdadera *(o)*. La deuda de un tercero puede tambien extinguirse, no solamente pagándola, sino tomándola á su cargo *(expromittendo)*, lo cual puede asimismo tener lugar, ignorándolo el deudor, y aún sin su consentimiento *(p)*. En este caso el que acepta la deuda hace al deudor una donacion *(q)*. Para llegar á este resultado puede tambien el donante encargar á su deudor A que contraiga la obligacion con B, acreedor del donatario, en cuyo caso se verifica la novacion de dos deudas anteriores, sin

---

(*m*) L. 14, de don. (XXXIX, 5); L. 2, in. f. c. de rei vind. (III, 32).
(*n*) L. 23, de solut. (XLVI, 3).
(*o*) L. 7, § 7; L. 50, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 12, C. de neg. gestis (II, 19).
Lo mismo sucede cuando la deuda es simplemente una ***naturalis obligatio***. L. 9, § 1, de Sc. Maced. (XIV, 6).
(*p*) L. 91, de solut. (XLVI, 3); L. 8, in f. de novat. (XLVI, 2); L. 13, § 10, de acceptil. (XLVI, 4).

donacion alguna entre A y B, resultando, como en el caso precedente, el enriquecimiento del donatario, de su liberacion. Constituye así mismo una donacion de esta especie el hecho de tomar una persona bajo su cargo las reclamaciones dirigidas contra el deudor *(r)*. Por último, se llega al mismo fin constituyendo una fianza por el deudor. Este acto no puede nunca considerarse como donacion al acreedor porque no implica acrecentamiento en la riqueza de éste, sino una nueva garantía de su crédito; pero es donacion en favor del deudor, cuando el fiador se propone no ejercitar contra éste sus acciones *(s)*; de manera que para que exista realmente la donacion es necesario que el fiador sea quien pague la deuda, y hé aquí la diferencia entre este caso y los precedentes, donde la donacion no era, en modo alguno, eventual.

En todos estos ejemplos de deliberacion de un tercero, hay siempre extincion de un crédito perteneciente al donante é intencion de donar, condiciones absolutamente indispensables para que la donacion exista. En efecto, el que paga, se obliga ó presta una caucion por un tercero, puede obrar como mandatario, como *negotiorum gestor*, ó con intencion de donar *(t)*; en los dos primeros casos no hay donacion, pues el que liberta al deudor tiene siempre una accion expedita contra él: la donacion existe solamente en el caso de que se renuncíe á este recurso, esto es, cuando el donante se despoja completa y voluntariamente de su crédito.

Podría objetarse en este punto que el donante parece que, en los casos expuestos, en vez de sacrificar un derecho adquirido sacrifica la adquisicion de un derecho nuevo, lo

---

(q) L. 21, pr. de don. (XXXIX, 5); L. 5, § 5, de doli except. (XLIV, 4); L. 33, de novat. (XLVI, 2). (Véase apéudice X, núm. VI, VII). Es igual indudablemente este caso al del pago; pero en la *expromissio* el error es más fácil, porque aquí hay una relacion de derecho que persiste entre el autor de la *expromissio* y el acreedor.

(r) L. 23, de solut., (XLVI, 3), «...vel judicium pro nobis accipiendo,» lo cual se coloca aquí bajo la misma línea que el pago, como medio de liberacion.

(s) L. 6, § 2, mand. (XVII, 1); L. 4, de neg. gestis. (III, 5); L. 32, de pactis (II, 14); L. 1, § 19, si quis in fraud. XXXVIII, 5); L. 9, § 3, de Sc. Maced. (XIV, 6). Véase § 149, *d*.

(t) L. 6, § 2, mand. (XVII, 1); L. 4. de neg. gestis (III, 5).

cual sería contrario á una de las condiciones esenciales de la donacion. Para responder á esta objecion me remito á lo dicho más arriba (§ 157), tratando de las donaciones de obligacion.

Hemos visto que la donacion podía resultar de un acto jurídico, en que un tercero interviene; así, la donacion de la cosa de otro, con el consentimiento de su dueño (§ 156, *b*), la adquisicion por el donatario de su crédito contra un tercero (§ 157), la liberacion de una deuda pagada ó aceptada por el donante (§ 158), son actos que se reconocen como donaciones válidas verificadas por medio de personas intermediarias *(u)*, las cuales no figuran como donantes ni como donatarios, que son los que en verdad realizan el acto. Trátase ahora de saber si las prohibiciones y las nulidades pronunciadas por el derecho positivo alcanzan igualmente al acto jurídico verificado con estas personas intermediarias. Trátase de esta cuestion en el apéndice X.

§ CLIX.—V.—*Donacion.—Diversos actos jurídicos que la constituyen.—4. Donacion universal.*

Hasta aquí he tratado de la donacion, aplicándola solamente á un derecho determinado, que forma parte de los bienes; mas puede tambien abrazar la universalidad de éstos, es decir, la totalidad de bienes de que se compone un patrimonio, asunto que exige algunas consideraciones especiales.

La donacion universal se manifiesta bajo diferentes formas, siendo la primera y más simple la que consiste en la totalidad de los bienes, sin excepcion alguna. Puede tambien afectar solamente una cierta cantidad de bienes, verificarse con la exclusion de ciertos objetos *(b)*, con la reserva del usufructo, ó con la obligacion impuesta al donatario de suministrar alimentos al donante, lo cual se considera como un *modus* de la donacion.

Una dificultad se presentaba en el antiguo derecho para

(*u*) L. 1. de don. (XXXIX, 5). «Etiam per interpositam personam donatio consummari potest.»

(*a*) Meyerfeld, II, § 21, trata con muchos detalles de este caso.

(*b*) Este caso se menciona en la ley 37, § 3, de leg. 3 (XXXII, un.)

la donacion universal, puesto que la *traditio* y la *mancipatio*, formas ordinarias de la donacion, se aplicaban solamente á cosas determinadas, y no al conjunto de los bienes considerado como unidad ideal; así es que se declara en muchos textos que los bienes deben ser cedidos separadamente, y que la donacion de su conjunto es nula *(c)*, de tal manera que esta nulidad alcanza principalmente á la donacion que se hace bajo la apariencia de una venta *(d)*. Pero la dificultad no existe en el derecho justiniáneo donde se establece formalmente que la donacion universal puede resultar de un simple pacto, y que éste es obligatorio para el donante *(e)*. Justiniano además reconoce la validez de la tradicion que se verifica por medio de la reserva del usufructo (§ 155, g). Sin embargo, para que la donacion surta sus efectos respecto de una donacion universal, es necesario designar nominalmente todos los bienes, pues, no pudiendo aplicarse la posesion á una unidad ideal, debe el poseedor dirigir su voluntad hácia cada uno de los objetos cuya posesion pretende adquirir.

La naturaleza de la relacion de derecho que constituye la donacion universal permanece, no obstante, indipendiente de esta dificultad de forma y de la modificacion introducída en los principios del derecho romano, de manera que la donacion universal no debe ser nunca, como sucesion *per universitatem*, asimilada á una herencia (§ 105); regla importante que nunca ha variado, y que domina toda la materia. La primera consecuencia de esta regla es que los diferentes derechos de propiedad deben trasmitirse especialmente, y acabamos de ver el medio de facilitar esta tradicion. La segunda es que los diversos créditos deben ser cedidos nominalmente, para lo cual no existe dificultad, porque el donatario puede exigir la cesion de cada crédito, y aún sin ninguna cesion intentar una *utilis actio* (§ 157, *t.*)

(*c*) Los textos principales son: Fragm. Vat., § 263, Cod. Hermog., VII, 1, ed. Hanel, (otras veces VI, 1, texto que se encuentra interpolado en la L. 11, C. de don., VIII, 54. Véase Meyerfel, pág. 9. Se encuentran ejemplos de tradiciones individuales (otras veces de mancipaciones ó de cesiones) en la L. 42, pr. de m. c. don. (XXXIX. 6); L. 37. § 3, de leg. 2 (XXXII, un).

(*d*) Cod. Hermog. VII, 2 (otras veces VI, 2). Véase más arriba párrafo 154, *c*.

(*e*) L. 35, § 4, C, de don. VIII, 51.

La tercera consecuencia es mucho más grave: no estando obligado el donatario respecto de los acreedores del donante, no tienen éstos contra él ningun recurso, y al donante no le quedan bienes con que satisfacerles. En este caso, si el acto de la donacion no contiene ninguna convencion á este respecto, se supone que el donatario se ha comprometido tácitamente á pagar todas las deudas, sustituyendo al donante respecto á los acreedores *(f)*. Esta presuncion se funda en la naturaleza misma de la universalidad de bienes que forma el objeto de la donacion, porque se entiende por tal el conjunto de los derechos pertenecientes á un indivíduo, hecha deduccion de sus deudas *(g)*.

Los medios de hacer ejecutar esta obligacion los encontramos en un caso que tiene mucha analogía con el precedente. Si el donante no ha donado la totalidad de sus bienes, sino por ejemplo, un inmueble que constituye la mayor parte de ellos, no se presume entónces aceptacion tácita de las deudas, para lo cual es necesario un convenio expreso; pero si existe la convencion tiene el donante para hacerla ejecutar una *actio præscriptis verbis,* y para hacerse restituir, una *condictio (h)*. Tiene tambien el derecho de ceder estas acciones á los acreedores, los cuales pueden ejercitarlas directamente. Cuando el donante no opone á las reclamaciones de aquéllos más que una imposibilidad de ejecucion motivada por su pobreza, pueden los acreedores obligarlo á cederle estas acciones, que ya, de por sí, son

---

(*f*) L. 72, pr. de j. dot. (XXIII, 3). Este texto no habla directamente de una donacion sino de la dote que una mujer constituye sobre la totalidad de sus bienes. Más adelante se dice que estando asimilado el marido á un heredero no puede ser perseguido por los acredores: «Sed non plus esse *in promisione bonorum,* quam quod superest de ducto ære alieno.» Es indudable que la dote constituida por la mujer no es una donacion; pero la posicion del marido respecto á los acredores es la misma que la de un donatario. En efecto, ambos casos descansan sobre una *promissio bonorum,* y la interpretacion de la *promissio* que Paulo establece aquí para una dote debe ser igualmente aplicada á una donacion.

(*g*) L. 39, §. 1, de V. S. (L. 69, ad L. Falc. (XXXV, 2); L. 11, des j. fisci (XLIX, 14); L. 8, § 4, C. de bon. quæ lib. (VI, 61). Dícese en otro lugar expresamente que las expresiones *bona* y *res* son aquí sinominas. L. 43, de usu leg. (XXXIII, 2).

(*h*) C. 15, 22, C. de don. (VIII, 54); L. 2. C. de cond. ob caus. (IV, 6).

(*i*) L. 12, de don. (XXXIX. 5). «*...in quantum facere potest, convenitur: sed enim id quod creditoribus debetur, erit detrahendum...*»

bienes de importancia, y obtienen por este medio indirecto un recurso eficaz contra el donatario. Si el inmueble no ha sido entregado y el donatario reclama la ejecucion de la donacion, competen al donante, como medios de defensa, estas mismas acciones, y puede hacerlas valer por *doli exceptio*. Este derecho es una consecuencia inmediata del *beneficium competentiæ*, que puede hacer valer incluyendo en cuenta sus deudas *(i)*, imputacion que en este caso se admite directamente.

Lo dicho hasta aquí descansa sobre la existencia de un contrato tácito, y por consiguiente, sobre una interpretacion de la voluntad; pero es evidente que no procede tal interpretacion cuando expresamente se conviene que el donatario no quedará obligado á pagar las deudas. Compréndese desde luego, que no fueran permitidos los injustos resultados de este convenio. El caso acabado de citar nos suministra, por analogía, los medios de evitar semejante injusticia. Cuando un indivíduo dona por vía de tradicion las diferentes cosas de que se componen sus bienes, sin hablar de sus deudas, el donatarto no se halla directamente obligado por ellas (nota *h)*; pero si la enajenacion se ha verificado con el propósito de defraudar á los acreedores, tienen éstos contra el adquirente la *Pauliana actio*, sin que necesiten discutir la cuestion de complicidad, precisamente porque se trata de una donacion (§ 145, *d)*, pues la mala fé del donante, una vez que tuviese conocimiento de las deudas resulta evidente, y no necesita declaracion alguna (*k*).

Esta decision se aplica con mayor motivo al caso en que se trata, no de la donacion de una cosa determinada, sino de una universalidad de bienes, declarando al donatario libre de toda obligacion respecto á los acreedores; pues en efecto, la mala fé, es en este caso, de tal manera evidente que ni el donatario mismo puede alegar ignorancia. Por tanto, pue-

---

(*k*) L. 17, § 1, quæ in fraud. (XLII, 8). «...universas res suas *tradidit*,» es decir, los diversos objetos que componen su patrimonio, de manera que esto, segun el antiguo derecho, debía hacerse siempre (nota *c*). En este texto se lee con motivo de este caso: «*qui creditores habere se scit*, et universa bona sua alienavit, *intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse*.»

den los acreedores ejercitar contra él la ***Pauliana actio*** y éste debe restituir la donacion en el tanto que importen las deudas *(l)*.

Inútil es advertir que esta regla se aplica únicamente á las deudas que existían en el momento de la donacion, pues tanto las deudas como las adquisiciones posteriores que hiceira el donante, quedan igualmente fuera de la donacion que nos ocupa, una vez que sólo comprende los bienes presentes.

Estas reglas se aplican tambien al caso de la donacion de una herencia. La donacion comprende entónces los bienes que poseyera el difunto en la época de su muerte *(m)*; y naturalmente se supone que el donatario ha contraido la obligacion tácita de pagar las deudas de la sucesion *(n)*. Sin embargo, en este caso la manifestacion contraria del donante no implicaría necesariamente la intencion de defraudar á los acreedores, pues un donante rico puede proponerse pagar las deudas de la sucesion con sus bienes propios. Debe advertirse que la sucesion de una persona viva no puede ser válidamente donada sino con el consentimiento de esta persona *(o)*; faltando este consentimiento puede el donante ser castigado con la confiscacion de la sucesion para cuando más tarde la reciba *(p)*.

(*l*) Este *dolo* no existe, evidentemente, cuando la donacion no comprende más que una parte del patrimonio ó cuando se exceptúa de ella una cantidad de bienes bastante para pagar las deudas.

(*m*) L. 24 de V. S. (L. 16) y muchos otros textos.

(*n*) L. 28, de don. (XXXIX, 5). «Hereditantem parter..... filiœ.... donavit..... cogendam eam per actionem prœscriptis verbis patrem adversus eos (creditores) defendere.» Parece extraño que Papiniano no dude en considerar como eficaz la donacion de una herencia, mientras que la donacion de un patrimonio parecía cosa oscura y delicada (nota *c*); pero el texto se refiere á los principios del antiguo derecho que permitían á todo heredero el trasmitir por la *in jure cessio* una herencia adquirida, en cuyo caso se presentaba un singular resultado: trasmitida *per universitatem* la propiedad, se extinguían las acciones de los acreedores y las deudas quedaban á cargo del heredero cedente; y esto es precisamente lo que Papiniano supone en este punto. Gayo II, § 35, 36, III, § 85, 86; UlpianoXIX, § 13, 14. Algunos vestigios de esta doctrina se han conservado por inadvertencia en el Digesto. L. 4, § 28, de doli exc. (XLIV, 4).

(*o*) L. 30 C. de pactis (II, 3); Hasse, Rhein, Museum, vol. II, página 149-241, 300, 366, pretende que esta regla es tambien hoy aplicable. Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 341, sostiene la opinion contraria.

(*p*) L. 29, § 2. de don. (XXXIX, 5); L. 2, § 3, de his quœ ut ind. (XXXIV, 9).

Réstame hablar del caso en que la donacion comprende, no sólo los bienes presentes, sino tambien los futuros. En mi sentir, semejante acto es radicalmente nulo en derecho romano, pues, en realidad, no es más que un contrato absurdo relativo á una sucesion, por el cual el donante se prohibe toda disposicion de sus bienes para el porvenir. Renuncia, en efecto, no sólo al derecho de testar, sino tambien á la facultad de dejar su patrimonio á sus herederos naturales; abandona, en una palabra, toda influencia sobre el ulterior destinó de sus bienes, y hé aquí porqué no admite el derecho romano semejante contrato *(q)*. Inútilmente se alegaría que esto no constituye una donacion unviversal; lo cierto es que el donatario, bajo otra cualquier forma, adquiriría todos sus beneficios *(r)*, que es precisamente el carácter de todo acto destinado á eludir una regla de derecho positivo. Se ha objetado por alguno que un heredero testamentario podría consentir en aceptar la sucesion y transferir enseguida los bienes al donatario; pero, en primer lugar, sería difícil encontrar quien quisiera correr gratuitamente los riesgos de semejante aceptacion, y en segundo lugar, esto no satisfaría en manera alguna el espíritu de la ley, pues el heredero no sería heredero más que de nombre, y debería asimilarse de hecho á un ejecutor testamentario. Se ha dicho tambien que esta donacion, no solamente admitía, sino que implicaba tambien nesesariamente la presencia de un heredero, sin el cual la donacion no podría efectuarse, una vez que la tradicion no puede tener lugar hasta despues de la muerte del donante (*s*). Este argumento no es sostenible, pues si la donacion es válida, el donatario llega á ser acreedor del donante, y, como tal, puede hacer valer sus derechos, despues de la muerte de su deudor, haya ó no haya

---

(*q*) La mayor parte de los autiguos autores á pesar de sus dudas respecto á la teoría, concuerdan en negar en la práctica la validez de semejante contrato. Giphanius lect. Altorf., pág. 208, 209, N. 38, 44; Carpzov. P. 2, Const. 12, def. 26; Schilter exerc, 43, § 19.

(*r*) Podría compararse al fideicomiso universal, tal como se consideraba ántes del S. Trebeliano (Gayo II, § 252); es decir, sin la deduccion del cuarto. Los romanos reconocieron pronto el vicio de esta regla aplicada á la universalidad de los bienes.

(*s*) Faber error. Pragm., XLVIII, 6, núm. 5.

heredero; de manera que, en ausencia de éste, el acreedor consigue su objeto por medio de la *missio in possesionen* de la sucesion vacante (*t*).

No puedo admitir tampoco que un acto de esta especie sea válido, restringiéndolo á la donacion de los bienes presentes. Es verdad que este acto no está comprendido en la prohibicion, porque, siendo posibles las adquisiciones posteriores, puede subsistir una sucesion verdadera independiente de la donacion; pero no se sigue de aquí que sea válido recurrir á semejante transformacion. La diferencia entre ámbos actos no es solamente de cantidad (*u*); difieren en su esencia y en la intencion del donante, al cual es preciso atribuir, para mantener la donacion, una voluntad enteramente distinta de la suya. Con la misma razon se pretendería que para dar validez á un testamento, hecho ante seis testigos, sería suficiente transformarlo en codicilo; y sin embargo, se sabe que sin la expresion directa de la voluntad real del testador, á saber, la cláusula codicilar (*v*), esta transformacion es inadmisible. Pero la donacion de una parte alícuota de los bienes presentes y futuros es ciertamente válida, porque, respecto á la porcion reservada, existe una sucesion verdadera y eficaz. De igual manera, la *mortis causa donatio* puede ser universal, porque su carácter revocable la asimila á un acto de última voluntad.

Aunque sostengo la nulidad, segun el derecho romano, de la donacion de los bienes presentes y futuros, participo, sin embargo, de la opinion de los autores modernos que consideran esta donacion como permitida en el derecho actual (*w*); solamente que es necesario no invocar el derecho romano. La donacion es válida como contrato relativo á una sucesion, contrato que está reconocido por el derecho aleman. La opinion contraria que hallamos en los antiguos prácticos (nota *q*), se refiere á la controversia, largo tiempo agitada, sobre la validez de esta clase de contrato y

---

(*t*) L. 4 de reb. auct. jud. (XLII, 5).
(*u*) Así, una donacion de 800 ducados, hecha sin insinuacion, es válida por los 500 y nula por los 300.
(*v*) L. I. de j. codicill. (XXIX, 7); L. 3, de test. mil. (XXIX, I).
(*w*) Kind quæst. for., t. II, C. 63; Meyerfeld, II, p. 13-17.

á la confusion general de las ideas sobre los diferentes casos comprendidos en esta misma clase *(x)*.

§ CLX.—V.—*Donacion.—Su naturaleza de contrato.*

Para resolver la importante cuestion de saber si la donacion puede ser en general considerada como un contrato, he debido pasar revista á los diferentes actos jurídicos, en virtud de los cuales la donacion se muestra. En los casos más numerosos y más importantes, esto es, cuando resulta de una tradicion, de una promesa ó de una liberacion, su carácter de contrato no es dudoso; pero hay otros en los cuales este carácter falta en absoluto, es decir, en donde no es preciso que el donatario tenga conocimiento del hecho que lo enriquece ni hay necesidad que preste su consentimiento; de todo lo cual resulta que aún en los casos en que la donacion nos aparece como contrato, este carácter no se refiere á su propia naturaleza, sino á la naturaleza especial de los actos jurídicos en virtud de los cuales se realiza.

Síguese ahora la justificacion de este principio por medio de la exposicion de los actos jurídicos que contienen una donacion verdadera, sin el consentimiento del donatario *(a)*. Frecuentemente ignora éste el acto del donante, de modo que no teniendo conocimiento del hecho que lo enriquece, no puede ratificarlo por su consentimiento. Citaré como ejemplo, la dote constituida por un tercero, la cual es una donacion que se hace á la mujer (§ 157, *s)*; la liberacion de un deudor resultante de una prescripcion dejada correr voluntariamente ó de una confesion judicial (§ 158, *k, l)*; los gastos hechos por cuenta de otro, sin intencion de reclamarlos (§ 158, *m*); la donacion que se hace á un hijo ó á un esclavo, y que viene á recaer directamente en el padre ó en el señor *(b)*; por último, y este es el ejemplo más evidente, la liberacion de un deudor por consecuencia de un pago, de

---

(*x*) Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 341.

(*a*) Meyerfeld, I, pag. 37 y sig., trata esta cuestion con muchos detalles.

(*b*) L. 10, de don. (XXXIX, 5). «.....Sed si nescit rem..... sibi esse donatam..... donatæ, rei dominus non fit, etiam si per servum ejus, cui do-

de una novacion ó de una fianza, cuando esta liberacion se ha verificado con el propósito de gratificar al deudor. (§ 158, *n-t*). Sin duda que en todos estos casos puede el donatario haber tenido conocimiento de la liberalidad, y esto es lo que ordinariamente acontece; pero, en derecho, esta circunstancia accidental es del todo indiferente; el consentimiento del donatario en nada contribuye á la validez del acto, y la liberalidad secreta tiene igual eficacia que la convenida entre las partes. Algunas veces conoce el donatario el acto del donante; pero no como un acto de liberalidad, y sin embargo, no por eso deja de existir la donacion. Así sucede, por ejemplo, cuando alguno vende á sabiendas una cosa por ménos de su valor con el objeto de enriquecer al que la compra, ignorando éste por completo aquella intencion bienhechora (§ 152, *a*); y tambien cuando á sabiendas se paga un *indebitum* que el donante cree una deuda verdadera *(c)*.

No deberán, sin embargo, incluirse en los casos de esta especie, el abandono de un crédito puramente unilateral (§ 158, *h*), ni la intencion no realizada por contrato de constituirse en deudor de un tercero (§ 157, *c*).

Muchos autores, en oposicion á estos principios, sostienen que la aceptacion del donatario es siempre indispensable para la validez de la donacion *(d)*. Esta doctrina es susceptible de una doble significacion, segun que se mire la donacion bajo su lado positivo ó bajo su aspecto negativo. En la primera hipótesis la falta de aceptacion entrañaría la nulidad radical del acto jurídico; en la segunda, por el contrario, el acto mismo sería válido, pero no constituiría do-

---

nabatur, missa fuerit..... *nisi ea mente servo ejus data fuerit, ut statim ejus fiat.* Así, en este último caso, la donacion era perfecta, aunque lo ignorase el donatario. Lo mismo sucedía tratándose de una donacion hecha á un hijo sometido á la patria potestad. En este último caso el derecho justiniáneo concede igual resultado: el hijo adquiere la propiedad y el padre el usufructo, que es tambien una donacion. Véase principalmente á Meyerfeld, I, p. 38.

(c) En efecto, la *condictio indebiti* implica necesariamente un error en el que paga; así es que, cuando se conoce este error, la *condictio* es inadmisible. En cuanto al acreedor, es indiferente que haya recibido con, ó sin conocimiento de causa. Véase § 149 y apéndice VIII, núm. XXXVI, nota *e*.

(d) Principalmente Cuyacio, obs.; XII. 28 y Consuet. núm. 43; y lo mismo todos los autores que consideran la donacion en general, como contrato obligatorio (§ 142, *b*).

nacion, y por tanto, escaparía á las restricciones del derecho positivo. El acto tendría, por consiguiente, en un sentido ménos eficacia, y en otro más de la que yo le atribuyo. Trataré de refutar esta doctrina, tanto en lo una como en la otra hipótesis, y á este efecto, entre los ejemplos citados, escogeré el más simple y el más evidente, el de un indivíduo que paga una deuda extraña con el fin de enriquecer al deudor. Pretenden mis adversarios que para ello es preciso el consentimiento de este deudor; veamos, pues, cuales son las consecuencias posibles de la falta de su consentimiento.

Desde luego no sería válido este pago, y por consiguiente, no se verificaría la liberacion del deudor; sin embargo, no sucede así, pues precisamente en este caso un texto formal nos dice que el deudor queda libre aunque lo ignore, y áun contra su voluntad *(e)*. En segundo lugar, podría el acto ser válido, pero no constituir una donacion; en su consecuencia quedaría fuera de las restricciones del derecho positivo, siendo, por ejemplo, permitido entre esposos; pero entónces resultarían ilusorias todas las restricciones, y para que una mujer diera validez á una donacion de su marido, bastaría que ésta contrajera deudas que pagase el marido á sus espaldas y sin su consentimiento, dando por resultado que la suma con que ella se hallase enriquecida, aunque equivalente á una donacion directa, fuese por la mujer irrevocablemente adquirida. Pero independientemente de esta consideracion basta atender á que está expresamente reconocido que el pago ó la aceptacion de la deuda de un esposo, hecho por el otro cónyuge, entra en la prohibicion general de la ley *(f)*. Resulta, por tanto, de lo dicho, que los actos que acaban de enumerarse constituyen verdaderas donaciones, por más que puedan efectuarse con ignorancia y sin el consentimiento del donatario.

No obstante, en los casos más numerosos en donde la

(e) L. 23, de solut. (XLVI, 3). «Solutione... et inviti et ignorantes liberari possumus.» La L. 91 eod., dice otro tanto de la *expromissio*. Esto resulta áun más palpable cuando se trata de gastos hechos por pura liberalidad. Cuando alguno cultiva las tierras de otro, ignorándolo éste, (§ 158, *m*), sería preciso para hacer efectiva la opinion contraria, que las tierras volvieran á su anterior estado, lo cual es imposible.

(f) L. 7, § 7; L. 50, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 5, § 4. eod.

donacion resulta de un acto jurídico que tiene naturaleza de contrato, como por ejemplo, y principalmente, la tradicion *(g)*, el consentimiento de las dos partes es indispensable para la validez del acto.

En todos los casos de esta especie, la primera condicion que la validez del acto exige es la voluntad del donante, sin la cual no podría concebirse la liberalidad que forma la base de toda donacion; de manera que si alguno se arrogase la facultad de suplir esta voluntad y de donar en nombre de otro, el acto sería completamente nulo *(h)*. La forma de la manifestacion de la voluntad, se determina por la naturaleza particular del acto; el hecho de la donacion no modifica en nada las prescripciones ordinarias (*i*).

La segunda condicion que, en los casos de la especie dicha se requiere, es la aceptacion ó el consentimiento del donatario, consentimiento que no está sujeto á forma alguna determinada, y aún puede ser tácito; y como la donacion es, por regla general, una cosa apetecible, se induce de todas las circunstancias que pueden hacerlo suponer (*k*); solamente su explícita repulsa impide la existencia de la donacion (*l*). Durante el tiempo que media entre la declaracion de voluntad del donante y la aceptacion del donatario, la donacion queda imperfecta y permanece en suspenso (*m*); de manera que el donante puede retractarse anulando el acto anterior. Si en el momento de la aceptacion no se ha

---

(*g*) L. 55, de O. et A. (XLV, 7). «In omnibus rebus, *quœ dominium transferunt,* concurrat, oportet, affectus, ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, *sive donatio*... fuit, nisi animus utriusque consenserit, perduci ad effectum in quod inchoatur non potest.»

(*h*) L. 7, 8, 10, C. de don. (VIII, 54). V. § 156, *a*.

(*i*) L. 6, 7, 13, C. de don. (VIII, 54). En cuanto á la forma especial, exigida para las donaciones importantes, esto es, la insinuacion, hablaré de ella más adelante. Sobre el consentimiento presunto, véase Meyerfeld, I, pág. 42 y sig.

(*k*) Meyerfeld, I, pág. 42 y sig.

(*l*) L. 10, de don. (XXXIX, 5). «...si missam sibi *non acceperis, donatœ* rei dominus non fit.» L. 19, § 2, eod. «Non potest liberalitas nolenti adquiri.» Esta regla, expresada en términos generales, debe ser restringida al caso de que acabo de hablar, el cual, además, es el más frecuente; aplicada como principio absoluto á toda clase de donaciones, se hallaría en contradiccion directa con otros textos muy precisos.

(*m*) L. 10, de don. (XXXIX, 5). «Sed si *nescit* rem, quæ apud se est, sibi esse donatam... donatæ rei dominus non fit,» es decir, durante todo el tiempo que dura su ignorancia y hasta donde haya sido aceptada.

revocado el acto, la declaracion anterior del donante vale como persistencia de voluntad: se entiende que las dos partes han querido simultáneamente la donacion, y ésta es perfecta. Si en el momento de la aceptacion había perdido el donante la capacidad, había muerto, ó estaba demente, la donacion no existía porque no hubo acuerdo de voluntades entre ambas partes (*n*).

A continuacion se enumeran algunas aplicacioees especiales que confirman la última regla. Si presto á Ticio una suma de dinero encargándole que la trasmita á Seyo, este acto constituye un mandato relativo á una donacion futura que puedo siempre revocar mientras no se ejecute (§ 157, *q*). Si Ticio paga á Seyo despues de mi muerte, la propiedad de la suma se trasfiere á Seyo, puesto que Ticio era propietario de ella; pero Ticio no queda libre respecto á mi heredero sino en el caso de que ignorase mi muerte, pues, de otra manera, debía saber que su mandato había espirado. Abstraccion hecha de la circunstancia del préstamo, si me hubiera limitado simplemente á encargar á Ticio que donase el dinero, la *mandati actio* contra mi heredero por el pago hecho despues de mi muerte, sólo existiría en el caso de que aquél hubiese ignorado esta muerte (*o*). Hasta aquí he hablado solamente de la posicion de Ticio; pero respecto á Seyo, ¿qué resultado tiene la donacion? Conforme al principio más arriba desenvuelto, esta donacion es nula, y mi heredero tendrá contra Seyo una *condictio sine causa* para hacerse restituir la suma, accion que debe ceder á Ticio si

---

(*n*) L. 2, § 6, de don. (XXXIX, 5). «Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus (donator) erit, quam ad me perferret, non fieri pecuniam domini mei constat.» L. 8, C. de O. et A. (IV, 10). Compréndese que el heredero puede renovar la donacion; pero la voluntad del difunto, como simple hecho, en tanto que no se ha traducido en un acto jurídico completo, no se continúa en la persona del heredero. Las relaciones de derecho del difunto pasan á los herederos, pero no las relaciones de hecho, en cuya clase debe colocarse la simple voluntad, así como la posesion que, como sabemos, no pasa á los herederos. Puede preguntarse la razon de aplicarse especialmente esta regla á la donacion, la cual, relativamente á la necesidad del acuerdo de voluntades, tiene iguales exigencias que la venta ú otro contrato (nota *g*). El motivo es el siguiente: respecto á la venta existe una obligacion anterior á la tradicion, obligacion que, siendo en sí misma un acto jurídico completo, pasa á los herederos, mientras que, para la donacion, el acto jurídico comienza y acaba ordinariamente con la tradicion.

(*o*) L. 19, § 3, de don. (XXXIX, 5). Véase § 157, *q*.

éste es el que pagó sin razon. Hé aquí otro caso del mismo género (*p*): una mujer que quiere donar *mortis causa* un inmueble á su marido entrega el inmueble con este fin á Ticio; despues de la muerte de la mujer, atacan sus herederos la donacion; sin embargo de lo cual Ticio trasmite el inmueble al marido. En este caso debe distinguirse si Ticio ha recibido mandato solamente de la mujer ó sólo del marido, ó conjuntamente de uno y otro. En el primer caso, segun la regla sentada más arriba, la donacion no ha sido nunca perfecta, y Ticio debe indemnizar á los herederos; en el segundo, Ticio, como mandatario del marido, se hizo propietario del inmueble en el moménto mismo de la muerte, y desde entonces existe una donacion perfecta (*q*) que los herederos deben respetar; y si Ticio hubiese conservado el inmueble ó lo hubiera entregado á los herederos, el marido tendría contra él una *mandati actio.*

Hé aquí otro caso semejante en apariencia, pero, en realidad, diferente (*r*): un indivíduo dona directamente á otro por vía de tradicion, una suma de dinero, pero somete la propiedad y la donacion á una condicion suspensiva, y muere el

---

(*p*) L. 11, §. 8, de don. int. vir. (XXIV, 1). Encontramos un caso muy semejante, pero decidido de una manera contradictoria en apariencia, en la L. 18, § 2, de m. c. don. Véase § 158, *h*.

(*q*) Podría preguntarse si una donacion tal como en el texto se supone puede verificarse por medio de una *interposita persona*. No cabe duda alguna sobre ello. L. 4, de don. (XXXIX, 5). «Etiam per interpositam personam donatio consummari potest.»

(*r*) L. 2, § 5, de don. (XXXIX, 5). La L. 9, § 1, de j. dot. (XXIII, 3); contiene una decision jurídica enteramente opuesta; mas, para el caso especial de que se trata, ofrece el mismo resultado. Una persona dona en dote una cosa á uno que ha contraido esponsales, bajo la condicion, siempre sobreentendida, de que tendrá lugar el matrimonio, y ocurre la muerte del donante ántes de que este matrimonio se verifique. Dice Ulpiano que el donatario no puede lograr la propiedad de la cosa y la donacion se anula. Mas por un favor especial concedido á la dote, se debe, celebrado ya el matrimonio, obligar al heredero á que trasmita la propiedad, y si está ausente ó rehusa, debe considerarse la propiedad como trasmitida *ipso jure*. Este texto se explica por la regla del antiguo derecho que, respecto á la donacion de una *mancipi res* exige la mancipacion y no una simple tradicion, pues indudablemente se trataba en este caso de una *mancipi res*, problablemente de un inmueble; sólo que sobre este punto nos quedan pocos vestigios. Por el contrario, la L. 2, § 5, citada, habla expresamente de dinero contante, es decir, de una *nec mancipi res*, en cuyo caso no hay dificultad alguna, puesto que la tradicion es bastante para efectuar la donacion, y es cosa sabida que se pue-

donante ó se pone demente ántes del cumplimiento de la condicion. Podría creerse que la donacion es nula como en los ejemplos citados precedentemente; sin embargo, la donacion es válida, y hé aquí el motivo de la diferencia: el acto pasado entre las partes está completo desde su orígen, por más que para su resultado, se espera una circunstancia exterior, en la cual para nada interviene la voluntad; de manera, que durante el intervalo no puede el donante revocar la donacion, que es perfecta desde su origen, y una vez cumplida la condicion, se retrotrae á la época del contrato (§ 120).

§ CLXI.—*Donacion.—Su naturaleza de contrato.* (Continuacion).

Entre los casos en que la donacion resulta de un contrato, tenemos todavía que examinar algunos, en los cuales la voluntad de una de las partes ó de ambas descansa en un verdadero error.

Este error puede recaer primeramente sobre la persona con la cual se contrata (*a*). Cuando el donante se engaña sobre la persona del donatario es evidente que no hay donacion. Si Gayo, queriendo donar una cosa á Seyo, la entrega por error á Ticio, el cual con el mismo error la acepta, no se ha verificado verdadero acto jurídico, ni se ha adquirido ningun derecho por ninguna de las partes, y Gayo puede hacerse restituir; pero si Gayo quiere gratificar á Ticio valiéndose de Seyo, y éste, abusando de su mandato, dona la cosa en su propio nombre engañando á Ticio res-

---

de trasferir, pero no *mancipar* bajo condicion (L. 77, de R. J., L. 17). Así, sólo por inadvertencia, han reproducido los redactores del Digesto la L. 9, § 1, citada, pues se refiere al antiguo derecho, y su contenido no es aplicable en el derecho actual.—He desenvuelto esta explicacion en la Zeitschrift f. gesch. Rechtsw., tomo IV, p. 51-59. Las objeciones recientemente presentadas por W. Jell. (Bedingte Traditionen, p. 117, 138), no me han convencido. Pretende, para explicar nuestro texto, que la donacion de una dote al marido contiene en realidad el mandato de devolverla á la mujer, y que la muerte del donante anula este mandato. Esta hipótesis no tiene el menor fundamento, porque la *dotis constitutio* queda consumada por la donacion hecha al marido, desde el momento que existe el matrimonio, y los destinos posteriores de la dote, no los puede modificar el donante.

(*a*) Sobre esta especie de error, V. § 136. En principio, semejante error es exclusivo de todo contrato.

pecto á la persona del donante, rigurosamente hablando, no hay donacion, y Gayo podría reclamar la cosa donada; sin embargo, su reclamacion debe ser rechazada por una *doli exceptio*. El motivo de esta diferencia consiste en que mientras para el donante tiene gran importancia la persona del donatario, para éste tiene muy poca la del donante. En efecto, lo ordinario es que la donacion se acepte de cualquier parte de donde venga, de modo que el error sobre la persona del donante es ménos esencial, por cuya causa no anula el consentimiento del donatario. Es verdad que el donante está interesado en que el donatario sepa la persona á quien debe reconocimiento; pero este interés encuentra su satisfacion completa en la rectificacion del error.

Éste puede tambien recaer sobre la relacion de derecho, y acontece cuando cada una de las partes al verificar el acto, llevan en la intencion un acto jurídico diferente. Segun la regla general, en este caso no existe contrato (§ 136, *a*). Esto aparece con entera evidencia, cuando una de las partes al trasferir la cosa, cree hacer un comodato ó un préstamo y la otra lo acepta como donacion, en cuyo caso nadie duda que el acto no constituye donacion (§ 160, *g*, *h*); pero resulta ménos evidente en el caso inverso, á saber: cuando una de las partes tiene intencion de donar y la otra cree recibir la cosa á título de comodato ó de préstamo. Sobre este asunto existen dos textos cuya contradiccion real ó aparente, ha originado, desde los glosadores hasta nuestros dias, las más opuestas interpretaciones (*c*).

L. 36, de adqu. rer dom. (XLI, 1) (Juliano, lib. XIII Dig).

«Cum in corpus quiden, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credan me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu

---

(*b*) L. 25, de don. (XXXIX, 5). La primera cuestion que en este caso surge, es referente á la trasmision de la propiedad. Pero esta trasmision coincide precisamente con la validez de la donacion, como lo prueba la *doli exceptio* que puede oponerse igualmente á una *reivindicatio* que á una *condictio*.

(*c*) Los autores modernos que han comentado estos textos, son: Gluck, tomo IV, p. 152-156; tomo VIII, p. 120-123; M. E. Regenbrecht, comm. ad L. 36, de a. r. d.; y L, 18, de R. C. Berol, 1820; Meyerfeld, I, p. 121-123. Citan, además, un gran número de antiguos autores.

tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.»

L. 18 pr. de reb. cred. (XII, 1). (Ulpiano, lib. VII, Disp)

«Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse: magisque numos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secumdum voluntatem dantis numi sunt consumti.»

Estos textos tratan de dos cuestiones en gran parte independientes, una de otra, á saber: en el primer caso, ¿hay trasmision de la propiedad? En el segundo, ¿el acto vale como donacion ó subsidiariamente como préstamo? La relacion que existe entre ambas cuestiones consiste en que la solucion afirmativa de la segunda entraña necesariamente la solucion afirmativa de la primera. Por el contrario, la solucion afirmativa de la primera en nada prejuzga la solucion de la segunda.

La trasmision de la propiedad es el único asunto de que habla el primer texto de Juliano. Este jurisconsulto decide que se verifica incontestablemente (constat) la trasmision, siempre que las partes estén de acuerdo sobre este punto, aunque cada una de ellas determinase su voluntad en vista de un acto jurídico diferente. Juliano hace en seguida aplicacion de este principio á dos casos. En el primero cada una de las partes admite la misma *causa*, esto es la *solvendi causa*, pero como consecuencia de una obligacion anterior diferente; en la segunda, una de las partes acepta la *donandi*, y la otra la *obligandi* ó *credendi causa*. La solucion es la misma para los dos casos. Ulpiano, por el contrario, toca solo de pasada la cuestion de la propiedad con ocasion de la validez del préstamo y esta circunstancia parece favorable á la opinion de los que juzgan que por las palabras *numos accipientes non fieri* no niega Ulpiano la transmision de la propiedad, sino la validéz del préstamo. Así, pues, Juliano considera como decisiva la voluntad de transmitir la propiedad pareciéndole cosa demasiado secundaria el motivo de esta voluntad para que el desacuerdo sobre él pue-

da impedir la transmision. Ulpiano, si es que niega esta transmision, es porque considera como decisiva la identidad sobre el motivo de la voluntad y estima que el desacuerdo de las partes sobre este punto impide la citada transmision Por lo demás la cuestion de propiedad está, por ahora, fuera de nuestro propósito y no ha de entrar aquí en esta discusíon (*d*).

La cuestion que á nosotros nos ocupa es la segunda, la que trata de la validez de los actos jurídicos. Ulpiano dice á este respecto que no hay verdadera donacion y que Juliano lo reconocía igualmente (*e*). Este punto parece, pues, fuera de toda controversia; resulta del principio general más arriba sentado y, en cuanto á la presente indagacion, es el único punto esencial. Ulpiano añade además que el préstamo es igualmente nulo, y si en esta materia no cita tambien á Juliano, no es porque exista diferente opinion entre ámbos jurisconsultos, pues el motívo de la última decision es el mismo, á saber: la falta de acuerdo entre las partes sobre este acto especial. Viene, por último, la parte más importante del texto, esto es, la que nos presenta los resultados prácticos (*f*);pero antes de abordarla de frente importa examinar con cuidado el conjunto de la transaccion.

Si la nulídad de la donacion, así como del préstamo, re-

(*d*) Podría invocarse en apoyo de la opinion de Juliano el § 40, J. de rer. dir. (II, 1). «Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam *voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre,* ratam haberi,» pues esta voluntas existe aquí evidentemente y la voluntad del donatario está de acuerdo sobre la adquisícion. Pero no debo anticipar una discusion sobe este asunto, que no puede ser convenientemente tratado sino en sus relaciones con la teoría general de la tradicion.

(*e*) El texto de Juliano á que Ulpiano se refiere no es el que he citado literalmente (*L*. 36, de adqu rer. dom, porque esta ley no dice de esto una palabra, al ménos tal como se encuentra en el Digesto.

(*f*) Sin motivo alguno se ha atribuido una gran importancia al enlace por medio de la conjuncion *quare*, y muchos han criticrdo á Ulpiano sobre que la segunda proposicion, en lugar de derivarse de la primera, se encuentra más bien en oposicion con ella. Desde luego *quare* no expresa siempre una consecuencia; esta palabra sirve tambien de transicion para pasar á un nuevo aspecto del asunto. Además el lazo de causalidad no falta tampoco entre ambas proposiciones. En efecto, la nulidad del acto jurídico engendra necesariamente un *condictio* (*sine causa*), de manera que á esta *condictio*, y no á la excepcion mencionada en seguida, es preciso referir el *quare*, si se quiere absolutamente que esta palabra expresa una consecuencia.

sulta incontestable, esto se entiende en el momento de la tradicion. Veamos ahora que circunstancias pueden modificar este resultado. Desde luego, si el donatario descubre el error y declara adherirse á la voluntad todavía persistente del donante, la donacion es ciertamente válida, puesto que ha habido acuerdo entre las partes; y el préstamo sería de igual modo regular, si, apercibiendose el donatario del error, consintiese en el préstamo aceptado por el donatario. Ulpiano, supone, pues, que una vez reconocido el error. retracte el donante su intencion de donar y quiera hacerse restituir el dinero como lo indica claramente la accion judicial mencionada en el texto.

Ahora, bien, ¿qué clase de accion es la que puede intentar y cuál será el resultado del proceso? Hay que distinguir dos casos: ó el dinero existe todavía naturalmente ó ha sido gastado. En el primer caso el donante ejercitará una reivindicacion segun Ulpiano, y una *condictio sine causa*, segun Juliano. Cualquiera de estas dos acciones le procurará la restitucion del dinero sin que pueda oponersele la *doli exceptio*, porque no hay dolo en el cambio de voluntad, mientras que su manifestacion no ha producido un acto jurídico obligatorio; y Ulpiano dice, apoyandose en parte en la autoridad de Juliano, que el ejemplo del texto no constituye un acto jurídico. Paso ahora al caso segundo, esto es, cuando el dinero se ha gastado ya. Puede suceder que el dinero se haya gastado de manera que subsista todavía su valor, por ejemplo, si se ha empleado en la adquisicion de un inmueble ó de un crédito. En este caso la *condictio* producirá todos sus efectos, pues no se ha verificado más que una transformacion que es indiferente para la *condictio* (*g*). Puede tambien haberse gastado el dinero de tal suerte que no quede de él ningun vestigio, como, por ejemplo, si ha sido donado, perdido al juego ó disipado en prodigalidades. Tal es el caso previsto por Ulpiano (*h*), en el cual la *condictio* debe ser reshazada por una *doli exceptio*, decision que se funda en que, por regla general, las *condictiones* so-

---

(*g*) L. 65, § 6, 8, de cond. ind. (XII, 6); L. 26, § 12 eod.: «nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.» Véase § 151.

(*h*) Traduzco *consumserit* por disipar. Es verdad que *consumere* designa con frecuencia cualquier empleo del dinero, y por consiguiente aun el que procura un beneficio permanente (V. § 35, 3 de rer. div., II, 1.

lamente se admiten cuando la cosa recibida existe todavía naturalmente, ó ha sido reemplazada por otra que forme parte de los bienes (nota *g*), ó ha sido fraudulentamente disipada (§ 150, m). Pero en el presente caso no existe dolo, pues el donatario, aunque se considerase como mutuario, podía disponer de la suma recibida y sólo le sería imputable si hubiera disipado el dinero despues de haber tenido conocimiento de la retractacion del donante; y aún hay más, el donante mismo sería responsable de *dolo*, si la revocacion de su liberalidad diese por resultado un empobrecimiento del donatario, porque, en realidad, el dinero ha sido empleado conforme á intenciones que no se habían retractado todavía. El motivo perentorio que Ulpiano expresa en los términos: *quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti* es la misma consideracion natural que los antiguos jurisconsultos aplicaban ya á las donaciones entre esposos (§ 150, *m*). Nada nos obliga, por consiguiente, á ver en la decision de este caso particular un disentimiento entre Juliano y Ulpiano, pues ambos están de acuerdo sobre el punto más esencial á saber, que no hay donacion ni préstamo válido.

Cuando la donacion resulta de un contrato, puede de igual modo que cualquiera otro contrato referente á los bienes, ser restringido por condiciones, como el tiempo, ó el modo (§ 116). Respecto á estas restricciones, ofrece importancia suma la definicion de la *perfecta donatio* que hemos sentado más arriba, como quiera que, mientras el acto constitutivo de la donacion es imperfecto, puede el donante imponer todas las restricciones que desee y aún revocar enteramente la donacion; pero una vez perfecto el acto no le corresponde al donante esta facultad *(i)*.

Entre las diversas restricciones de que la donacion es susceptible existen dos cuya influencia es tan marcada que imprimen á la donacion un carácter especial, y son, á saber: la *mortis causa donatio*, que se refiere á una sola clase

---

L. 65 § 6, de cond. ind. (VII, 6, etc); pero en otras partes hemos visto, y precisamente con motivo de una donacion, que *consumere* se interpreta por disipar (§ 150, *o*), de modo que al darle á la palabra la misma acepcion en este texto de Ulpiano, que además si de otra manera se entendiese, resultaría en contradiccion con otras reglas indiscutibles, no puede decirse que es recurrir á una arbitraria interpretacion,

(*i*) L. 4, C. de don. quæ sub modo (VIII, 55).

de condiciones, y la *donatio sub modo* en general. Las demás donaciones bajo condicion ó por término no ofrecen ningun carácter especial que las distinga. Respecto á las dos instituciones de que acabo de hablar, la *mortis causa donatio* y la *donatio sub modo,* trataré especialmente de ellas al fin de esta exposicion porque es asunto que no puede ser convenientemente estudiado hasta despues de haber examinado las restricciones establecidas por el derecho positivo y principalmente la insinuacion.

§ CLI. XII.—V. *Donacion.—Restricciones.* 1. *Prohibicion entre esposos.*

Tres clases de restricciones establecidas por el derecho positivo respecto á la donacion tienen necesidad de una determinacion rigurosa: la primera se refiere á ciertas formalidades particulares, la segunda á la prohibicion entre esposos y la tercera á la revocacion por causas determinadas (§ 142).

Para la exposicion del derecho nuevo es necesario invertir el órden de las dos primeras clases de restricciones y examinar primero la restriccion entre esposos por más que su naturaleza sea mucho más especial.

La prohibicion de las donaciones entre esposos debe ser examinada bajo dos aspectos: primero, con relacion al matrimonio, lo cual comprende la determinacion de los motivos que han hecho nacer la prohibicion; pero este estudio se encuentra estrechamente ligado con el derecho del matrimonio, que no puede ocuparnos en este lugar (*a*); segundo, con relacion á los principios generales de la donacion, materia que forma parte integrante de la cuestion que nos ocupa, puesto que esta prohibicion ha sido la que, casi exclusiva-

(a) Protesto una vez más contra la nueva doctrina segun la cual la prohibicion establecida primeramente para el matrimonio riguroso, debió en seguida aplicarse al matrimonio libre que es donde nosotros la encontramos. Véase Savigny, Recht des Besitzes, p. LXVI, 6.ª ed. En efecto, respecto á la mujer *in manu*, la prohibicion de las donaciones era tan inútil como para el hijo sometido á la patria potestad. La donacion era completamente imposible, puesto que no podía asignársele efecto alguno. La mujer no podía donar á su marido porque nada tenía; el marido no podía donar á su mujer porque sería donarse á sí mismo, una vez que todo lo que adquiriese la mujer pertenecía al marido.

mente, ha dado motivo á los jurisconsultos romanos para definir la donacion y establecer rigurosamente sus límites (§ 142).

La condicion general de la prohibicion que nos ocupa es una donacion *entre esposos*, es decir, prohibicion durante el matrimonio; y debe recordarse en este punto la definicion anteriormente desenvuelta, teniendo presente que la donacion ha de llevar consigo enagenacion y enriquecimiento, y que éste debe ser persistente y resultar de la voluntad del donante.

Es evidente que, si la condicion principal para la prohibicion consiste en que la donacion haya tenido lugar durante el matrimonio, los casos en que esto no sucede se encuentran naturalmente excluidos de dicha prohibicion.

Así acontece, por ejemplo, cuando el lazo que entre las partes existe no es el matrimonio, sino que pertenece á un órden inferior, tal como el *concubinatus*, ú otra union aún ménos respetable (*b*). Pero no se crea que semejantes uniones sean, á causa de su inferioridad, ménos compatibles todavía que el matrimonio con la validez de la donacion, puesto que la prohicion estre esposos está fundada en el temor de que las donaciones lleguen á manchar la pureza y la dignidad del matrimonio, peligro que no existe en las otras uniones más inferiores. Un caso semejante al anterior es, por principio general, aquél en que la union que los cónyuges consideran como matrimonio no lo es á causa de un impedimento legal (*c*); pero entónces la aplicacion del principio sentado más arriba recibe numerosas modificaciones. Desde luego, si el impedimento no constituye una prohibicion propiamente dicha, como sucede, por ejemplo, en la falta de edad, la donacion es nula (*d*) á causa de la nulidad del ma-

---

(*b*) L. 3, § 1; L. 58, pr., § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 31, pr.; L. 5, de don. (XXXIX, 5). La L. 2, C. de don. int. vir. (V. 16) parece establecer una excepcion formal respecto á la concubina (*focaria*) de un soldado. Quizá, en el caso de que habla este texto, la nulidad de la donacion se refería más bien á un defecto de forma que á la cualidad de la donataria.

(*c*) L. 3, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1) «...si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, *donatio valebit.*»

(*d*) L. 65, de don. int. vir. (XXIV, 1). Tal sería tambien un matrimo-

trimonio; pero sería válida si las partes no hubieran conocido el impedimento; y no porque la prohibicion se aplique á pesar de la nulidad del matrimonio, sino porque, en este caso, la donacion, en lugar de considerarse como donacion pura, se mira como una especie de *datum ob causan* revocable por una falsa *causa* (*e*). Diferente resultado tiene el acto cuando el impedimento es consecuencia de una prohibicion propiamente dicha. Es indudable que la prohibicion pronunciada para el caso de un matrimonio válido no se aplica directamente á un matrimonio prohibido, pero se estima que sería indigno atribuir, en cuanto á la validez de la donacion, más eficacia á un matrimonio prohibido que á un matrimonio lícito (*f*). Así es que la donacion se revoca siempre en este caso con la única diferencia de que si el donante que reclama es inocente de la violacion de la prohibicion, recobra la cosa donada, como si el matrimonio hubiera sido válido y consiguientemente la donacion es nula (*g*); y si por el contrario esta violencia es imputable al donante, la donacion se revoca de igual modo, pero es deferida al fisco (*h*).

Por idéntica razon, cuando la donacion es válida, es anterior ó posterior al matrimonio (se entiende en caso de sepa-

---

nio entre *peregrini* que, sin estar conforme con las leyes (moribus legibusque nostris constat, nota *c*) no estaba prohibido, es decir, reprobado como cosa censurable.

(*e*) L. 32, § 27, in f. de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*f*) La L. 3, § 1, de don. int. vit. (XXIV, 1), despues de las palabras trascritas en la nota *c*, presenta algunos ejemplos de matrimonios prohibidos, y despues añade: «valebit donatio, quia nutiaæ sunt: sed fas non est, eas donationes ratas esse: ne melior sit conditio eorum qui de liquerunt.»

(*g*) L. 7, C. de don. int. vir. (V, 16). Trátase en este texto de un tutor que se había casado con su pupila y había recibido de ella una donacion, y se dice que ésta podía hacérsela restituir. Segun las circunstancias que mediaban, el tutor era el único culpable, L. 128, de leg. 1 (XXX, un). De igual modo, en el caso de una prohibicion fundada en el grado de parentesco, el donante sería inocente y podría reclamar la donacion, si ignorase el parentesco; en cuanto al donatario, es indiferente que lo haya sabido ó ignorado.

(*h*) L. 32, § 28, de don. int. vir. (XXIV, 1). Matrimonio entre un senador y una manumitida ó entre un tutor y su pupila. En ambos casos se supone que el marido es el donante; en otro caso la ley se encontraría en contradiccion con la citada en la nota *g*. De igual manera que el tutor, el senador es el único culpable, porque falta á la dignidad de su rango; la manumitida queda justificada por la obediencia debida al patrono.

racion). La donacion anterior al matrimonio es la *donatio ante nuptias*. Se la opone desde luego á la donacion entre esposos, con el fin de hacer notar más claramente que no cae bajo la prohibicion, pues ésta comienza con el matrimonio. Este es su aspecto negativo; pero tenía tambien una particularidad positiva: se la consideraba, no como donacion pura, sino como una *datum ob causam*, de donde resulta que podía ser ordinariamente revocada, sino se efectuaba el matrimonio *(i)*. Más tarde fué trasformada en *donatio propter nuptias*, y desde entónces cesó de considerarse como donacion. El antiguo principio subsistió siempre sin embargo: ántes del matrimonio ninguna donacicn entre futuros esposos, ni aun la que careciera de los particulares caractéres de la *donatio propter nuptias*, se hallaba sometida á la prohibicion legal *(k)*. Ciertos casos merecen una especial mencion y son aquellos en que la donacion abraza dos épocas diferentes, una cuando el contrato se forma jurídicamente, la otra cuando recibe su ejecucion. Si el contrato es anterior al matrimonio, pero que no deba ejecutarse hasta despues de él, entra en los términos de la prohibicion *(l)*. Recíprocamente, la donacion sería válida si, con tratada jurídicamente durante el matrimonio, no debiera realizarse hasta despues de la disolucion del mismo. Así, la *mortis causa donatio* es permitida entre esposos, porque ordinariamente no recibe su definitivo complemento *(m)*. La donacion seria igualmente válida si se hiciera para el

---

(i) L. 15, 16. C. de don. ante nupt. (V, 3).

(k) Esta distincion no podría ser dudosa cuando la futura esposa donase al esposo, porque esto no cabe ser considerado como *propter nuptias donatio*. Pero puede tambien suceder que la futura esposa haya querido hacer una *pr. n. donatio*.

(l) L. 32, § 22, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(m) L. 9, § 2; L. 10, L. 11, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). Ulpiano, VII, § 1, ve aquí una excepcion á la prohibicion de las donaciones, lo cual no es rigurosamente exacto. Otras donaciones por causa de muerte se hacen ordinariamente de manera que la propiedad se trasmita inmediatamente, lo cual no puede tener lugar entre esposos. En la L. 9, § 2, citada se lee: «Inter virum et uxorem m. c. donationes *receptæ sunt*;» pero no debe entenderse que estas donaciones, otras veces prohibidas, se hubieran permitido despues, porque, en primer lugar, esta interpretacion se hallaría en contradiccion con un principio general y absoluto; y, en segundo lugar, la expresion *receptum est* se aplica ordinariamente á la prohibicion de las donaciones entre esposos. L. 1, eod.

caso de una separacion inminente, pues el matrimonio se disuelve por la separacion de igual modo que por la muerte *(n)*.

La prohibicion no se limita á los esposos mismos, sino que comprende tambien á todas las personas que se refieren al uno ó al otro cónyuge en virtud de la unidad de bienes. Por esta causa no pueden recibir donacion del marido el padre de la mujer sometida todavía á su patria potestad, los hermanos y hermanas que viven bajo la misma autoridad, ni el esclavo de la mujer. Estas personas tampoco pueden hacer donacion al marido. De igual manera, la mujer no puede donar al padre, ni á los hermanos, ni á los esclavos de su marido, ni á sus propios hijos mientras que permanezcan bajo el poder paterno. Por último, están prohibidas las donaciones entre las diversas personas que acabo de enumerar, de suerte, que el padre del marido no puede donar al padre de la mujer ni recíprocamente *(o)*.

§ CLXIII.—V.—*Donacion.—Restricciones.*—1. *Prohibicion entre esposos.* (Continuacion.)

El carácter general de la prohibicion consiste en hacer declarar como no acontecido todo acto que tienda á realizar

---

(n) L. 11, § 11; L. 12; L. 60, § 1; L. 61; L. 62, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1). Lo que distingue esta donacion de la *m. c. donatio* es que ésta puede hacerse en la prevision general de la muerte, y no solamente de un peligro de muerte determinado, mientras que aquella sólo puede tener lugar en vista de una posibilidad completamente eventual.—Ulpiano, VII, § 1, considera igualmente este caso como una prohibicion.

(o) L. 3, § 2, 6; L. 32, § 16, de don. int. vir. (XXIV, 1). Fragm. Vatic. § 269. La extension extraordinaria de la prohibicion se refiere principalmente al principio del antiguo derecho, muy restringido por Justiniano, de que los hijos adquieren para su padre, de manera que en el derecho nuevo, sólo es suceptible de una aplicacion parcial. En su consecuencia, si una madre hace una donacion á su hijo; sólo el usufructo de la cosa donada puede entenderse hecho mediatamente al marido, por cuya razon este usufructo es el que entra en la prohibicion, y la cosa donada se trasforma en un *peculium adventitium extraordinarium*. Otro tanto puede decirse de la donacion hecha al hermano del marido, pero no de la hecha al suegro. La prohibicion en el antiguo derecho se fundaba únicamente en la espectativa muy probable de la sucesion paterna, en cuyo punto nada modificó Justiniano. En los casos en que, segun el derecho actual, se disuelve el matrimonio por el matrimonio del hijo, no hay motivo para extender la prohibicion á los hermanos y hermanas. (Stryk. XXIV, 1), § 2.

una de estas donaciones prohibidas, ó, en otros términos, en declarar la nulidad absoluta de estos actos *(a)*.

Así es que, en circunstancias semejantes, la tradicion no transfiere la propiedad (nota *a*), como en el antiguo derecho no la transfería la mancipacion. Tampoco hay lugar á la usucapion en los casos en que el donante no tuviese la propiedad *(b)*. Cuando la donacion resulta de un *negotium mixtum cum donatione* (§ 154), caso en que, como hemos visto, existe donacion parcial, la propiedad se transfiere en una parte solamente *(c)*.

Cuando la donacion consiste en una obligacion aceptada es completamente nula. En efecto; el pago verificado en virtud de esta obligacion no podría ser considerado como donacion, sino como simple pago de una deuda (§ 157, *a*, *b*); pero, no existiendo la deuda, habría de constituir una nueva donacion, y, por consiguiente, el acto viene á resultar enteramente nulo.

Si la donacion consiste en la remision de una deuda, sucede lo mismo que en el caso de la aceptacion: el acto es nulo y la deuda continúa subsistiendo (nota *a*).

Las reglas sentadas se aplican igualmente á ambos esposos; pero su influencia es mucho más sensible respecto á las donaciones del marido á la mujer. Todo lo que el marido trasmite á ésta gratuitamente es por su naturaleza una donacion, y por tanto, la transmision es nula. La mujer, por el contrario, puede siempre ceder gratuitamente todos sus bienes á su marido, y esta cesion es perfectamente válida, en tanto que se verifica á título de dote, la cual ciertamente no constituye una donacion, si bien la diferencia parece más nominal que real, pues teniendo el marido la propiedad y el goce de la dote, posee todos los derechos y beneficios que

---

(a) L. 3. § 10, de don. int. vir (XXIV, 1) (Ulpiano, lib. 32, ad Sab.): «Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, *ut ipso jure nihil valeat quod actum est*. Proinde, si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel acepto latum, nihil valet. *Ipso enim jure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sint*. De igual modo, hablando de una *m. c. donatio* que no se ha consumado, dice Papiniano, L. 52, § 1, eod., «nam quo casu inter exteros condictio nascitur, *inter maritos nihil agitur*.»

(b) L, 1, § 2, pro donato (XLI, 6).

(c) L. 31, § 3, de don. int. vir. (XXIV, 1).

podría conferirle una donacion. Con respecto á la mujer ofrece, por tanto, la prohibicion el sentido práctico siguiente: la mujer no puede donar á su marido sino segun las reglas especiales establecidas para la dote, es decir, con la limitacion de que despues de la disolucion del matrimonio las cosas donadas han de volver á la mujer ó á sus herederos (*d*).

¿Cuándo la donacion entre esposos resulta de actos jurídicos realizados con el concurso de personas extrañas (§ 158), la nulidad, de que en general hemos hablado, se extiende tambien á estos actos, en los cuales los extraños no figuran ni como donantes ni como donatarios? La nulidad es absoluta (*e*); y para más detalles remito al lector al apéndice X, en donde he procurado resolver esta cuestion.

Veamos ahora cuáles son los procedimientos jurídicos de que el donante puede disponer para llevar á ejecucion esta nulidad. En muchos casos la nulidad basta por sí misma, como en efecto sucede cuando la donacion resulta de una estipulacion ó de una aceptilacion; pues, en semejante caso, la estipulacion no engendra obligacion alguna y la aceptilacion deja subsistente en todas sus partes la obligacion originaria. Los procedimientos especiales sólo se necesitan cuando se ha verificado de hecho una trasmision perjudicial al donante y se pretende remediar este daño.

Preséntanse entónces dos vías jurídicas, á saber: la reivindicacion si la cosa donada existe todavía naturalmente, de modo que al donante falte sólo la posesion y la *condictio* si el donatario ha enajenado la cosa, conservando su valor (*f*).

(*d*) Segun el antiguo derecho, á la mujer misma; segun el derecho nuevo, á sus herederos. De manera, que la diferencia entre la dote y la donacion hecha al marido está todavía más marcada que en el antiguo derecho. El derecho de devolucion es absoluto por su naturaleza y toda cláusula arbitraria que tendiera á restringirlo es nula, á ménos que no favorezca á los hijos del matrimonio. L. 16, 27, de pactis dot. (XXIII, 4); L. 1, § 1, de dote prælegat. (XXXIII, 4).

(*e*) L. 3, § 10; L. 5, § 3, 4; L. 39, de don. int. vir., (XXIV, 1).

(*f*) L. 5, § 18, de don. int. vir. (XXIV, 1). » In donationibus autem jure civili impeditis hac tenus revocatur donum... ut si quidem exstet res, vindicetur: si consumta sit, condicatur, hactenus quatenus locupletior quis eorum factus est.» L. 36, pr. eod. «Si donatæ res exstant etiam vindicari poterunt.» L. un, § 5, C. de r. u. a. (V, 13). «... cum sit donatori facultas, per actionen in rem directam, vel per utilem, vel per condictionem suo juri mederi?

Recibe en este caso la reivindicacion una extension particular. Cuando la donacion consiste en materiales empleados en construir sobre terreno perteneciente al donatario, tiene el donante, por excepcion á la regla general, el derecho de llevarse estos materiales, siempre que pueda hacerlo sin perjudicarlos. Por otra parte, tampoco se concede la *actio tigni juncti* en restitucion del doble de su valor *(g)*. La reivindicacion de que tratamos se ejercita tambien contra los terceros detentadores de la cosa donada; pero esto es consecuencia de la naturaleza misma de la accion.

La *condictio* que compete puede denominarse *sine causa ó ex injusta causa*, pues una y otra denominacion le convienen igualmente *(h)*, una vez que la *donationis causa*, que de hecho existe, lesiona una regla absoluta de derecho *(injusta causa)*, y por tanto, no existe jurídicamente *(sine causa)*. Esta *condictio* tiene por objeto los bienes de que el donatario resulta enriquecido (nota *f*); y ya se ha dicho anteriormente (§ 149-151), de qué manera debía hacerse esta apreciacion, principalmente en el caso de que los bienes hayan sufrido muchas trasformaciones sucesivas. Cuando hay cuestion sobre la existencia ó la cuantía del enriquecimiento, la prueba es de cargo del demandado, pues como el enriquecimiento primitivo no es dudoso, si el demandado pretende que un acontecimiento posterior lo ha anulado ó disminuido, debe probar este hecho. En el párrafo 147 hemos visto la aplicacion que la *condictio* tiene respecto á los frutos de la cosa donada.

La discusion entre los esposos sólo tiene lugar cuando ambos figuran como partes en el acto de la donacion, pues si esta ha sido hecha á una persona incapaz de recibirla por consecuencia de su posicion personal, respecto de uno de los esposos (§ 162), el debate tendrá lugar entre el donante y esta persona *(i)*. Si, pues, el marido dona á su suegro, es á

(g) L. 63, L. 45, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 43, § 1, de leg. 1, (XXX, un.).—En la L. 63, cit., debe leerse, conforme con la Vulgata: *quamvis* nulla actio est... *quia* Decemviros..... El manuscrito de Florencia invierte el órden de estas partículas, y pone equivocadamente una por otra. Esta disposicion, sin embargo, se ha establecido para favorecer al donante, así es que puede, si lo prefiere, reclamar el valor de la cosa.

(h) L. 6, de don. int, vir. (XXIV, 1).

(i) L. 32, § 16, 20, de don. int. vir. (XXIV, 1).

éste á quien debe reclamar la cosa donada y no á la mujer.

Cuando el dinero donado ha servido para comprar una cosa que existe naturalmente todavía y el donatario haya venido á ser insolvente, puede el donante, por un favor especial, hacerse restituir la cosa por medio de una *utilis vindicatio (k)*.

Independientemente de estas acciones ofrecía el antiguo derecho otros recursos al marido donante. Así, cuando despues de la disolucion del matrimonio se le reclamaba la dote, podía retenerla á título de prenda, mientras que no se le devolvían las donaciones recibidas por la mujer (*l*). Justiniano derogó este derecho de retencion como los demás del mismo género (*m*).

Existen, sin embargo, un cierto número de casos excepcionales, en los que se mantienen las donaciones entre esposos, ora sea porque desde luego se han autorizado como válidas, ora se hayan confirmado por un hecho posterior *(n)*.

El derecho romano exceptúa de la prohibicion, todas las donaciones entre el Emperador y la Emperatriz *(o)*; las destinadas á la reconstruccion de una casa incendiada *(p)*; las de la mujer al marido con el objeto de ponerle en estado de adquirir ciertos derechos honoríficos y principalmente la dignidad de caballero ó de senador, y las que se destinan á los gastos de los juegos públicos á cargo de ciertas magis-

---

(k) L. 55, inf. de don. int. virt. (XXIV, 1). «...Sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare.» Esta es la *utilis in rem actio* de que habla la L. un. § 5, C. de rei ux. act. (nota *f*).

(l) Ulp., VI, § 9. «Retentiones ex dote fiunt... *aut propter res donatas.*» Estas palabras se hallan desenvueltas y explicadas en Ulp. VII, § 1.

(m) L. un. § 5, C. de rei ux. act. (V, 13). Debe entenderse de la *retentio pignoris loco*. En los casos en que puede tener lugar la compensacion ordinaria de una suma por otra, la ley de Justiniano no ha establecido modificacion alguna.

(n) No debe comprenderse entre las excepciones reales á la prohibicion de las donaciones, la donacion de un esclavo *manumissionis causa*, porque no constituye donacion verdadera (§ 150, notas *d-h*); ni tampoco la *mortis causa*, ni la *divortii causa donatio* (§ 162), porque si bien constituyen donaciones verdaderas, no son eficaces ni válidas hasta despues de la disolucion del matrimonio.

(o) L. 26, C. de don. int. vir. (V, 16).

(p) L. 14, de don. int. vir. (XXIV, 1). Aquí se habla solamente de la donacion del marido á la mujer, pero en el caso inverso la donacion es igualmente válida.

traturas *(q)*; las que se hacen al esposo condenado á la deportacion, y las que éste haga al otro cónyuge *(r)*. Respecto á esta última excepcion debe advertirse que en el primer caso se considera que la donacion no tiene efecto hasta despues de la disolucion del matrimonio, lo cual siempre fué permitido *(s)*; y en el segundo, que el fisco no puede sustituir al donante para recobrar la donacion *(t)*.

Una excepcion importante, fundada en una especie de compensacion, existe respecto á las prohibiciones y exige una mencion especial. Atendiendo al principio del enriquecimiento, esencial en las donaciones, es claro que si el marido disipa una suma que le ha sido donada por la mujer no está obligado á devolverla, puesto que no resulta enriquecido con dicha cantidad. Por igual razon, si despues dona él á su mujer una suma semejante que ésta conserva, debería estar obligada, segun la regla general, á devolverla porque efectivamente la ha enriquecido. Sin embargo, y en esto consiste la excepcion, en este caso la restitucion se niega por vía de compensacion con la anterior suma disipada, por más que ésta no sea susceptible de restitucion alguna *(u)*.

§ CLXIV. V.—*Donacion.—Restricciones.* 1. *Prohibicion entre esposos.*—(Continuacion).

La excepcion más importante en la materia que nos ocupa fué introducida por el senado-consulto del año 206 (§ 150). Este senado-consulto se ha atribuido unas veces á Severo

---

(q) Ulpiano, VII, § 1; L. 40, 41, 42 de don. int. vir. (XXIV, 1). Procede la excepcion en tanto que la cosa subsiste, por ejemplo, si tratándose de adquirir la dignidad de caballero ó de atender á los gastos de los juegos públicos existe el dinero necesario para ello, porque, si ha sido gastado, la reclamacion no prosperaría por este sólo hecho. A un caso semejante se refiere la L. 21, C. de don. int. vir. (V. 16).

(r) L. 43, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 13, § 1. eod. Este último texto menciona ambos casos.

(s) Véase § 162, *m*, *n*. En efecto, el deportado se convertía en *peregrino* y por consecuencia de la transformacion que experimentaba su matrimonio, la prohibicion cesaba de ser aplicable, § 162, *d*.

(t) El fisco sucede *per universitatem* al deportado y puede ejercitar todas las acciones que á éste pertenecían ántes de la deportacion, de manera que, sin esta excepcion especial, el fisco hubiera tenido la reivindicacion y la *condictio* para hacerse devolver la donacion hecha al cónyuge.

(u) L. 7, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1).

que era á la sazon jefe del imperio *(a)*, otras veces á Caracalla que, como asociado al imperio, presentó el decreto al Senado *(b)*, y otras á ambos emperadores juntamente *(c)*, todos cuyos nombres se aplican al mismo senado-consulto.

Segun esta ley, la donacion entre esposos es válida y eficaz si el donante muere, durante el matrimonio, sin haber revocado su liberalidad. Se supone que el donante ha querido hacer una *mortis causa donatio*, es decir, en la prevision de su muerte durante el matrimonio, donacion que era permitida antiguamente entre esposos, pero que no era definitiva hasta el momento de la muerte (§ 162, *m*), de modo que se aplicaba esta misma regla á las donaciones entre esposos hechas sin mencion de la causa de muerte, siempre que el donante muriese durante el matrimonio sin haber cambiado de voluntad. La asimilacion de estas donaciones á un acto permitido, la *mortis causa donatio*, resulta de ciertos textos en donde se les atribuye expresamente sus mismas experiencias *(d)*, y de un texto de Papiniano, en donde se vé que estas donaciones son inatacables *fini decimarum* (nota *c*), lo cual quiere decir que ántes del senado-consulto los herederos podían recobrar la donacion entera, como nula. Desde la disposicion referida ya no tuvieron este derecho; pero no se sigue de aquí que la donacion hubiera de ser siempre mantenida íntegramente, puesto que si es válida solamente por asimilacion á la *mortis causa donatio*, ha

---

(a) «Oratio D. Severi.» L. 23, de don. int. vir. (XXIV, 1) de Papiniano; L. 10, C. eod. (V, 16) del emperador Gordiano; Frag. Vatic, § 276, del emperador Diocleciano.

(b) L. 32, pr. de don int. vir. (XXIV, 1) de Ulpiano. «Cun hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus *Imp. noster Antoninus*, ante excessum D. Severi patris sui, auctor ficit senatui censendi. Fulvio Æmiliano et Nummio Coss., ut aliquid laxaret ex juris rigore.» La L. 32, § 1, L. 3, pr. eod se expresan de igual manera (or Imp. nostri. Imp. nostri Antonini Aug).

(c) L. 3, C. de don. int. vir. (V, 16) de Caracalla: «et ex mea et ex D. Severi patris mei constitutione.» Fragm Vatic, § 294, de Papiniano: «quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveravit, fini decimarum auferre non opertere maximi principes nostri suaserunt, et ita Senatus censuit.»

(d) L. 32, § 7-8, de don. int. vir. (XXXIV, 1). Se supone con mucha razon que el donante ha querido asegurar, en el caso de su muerte, la suerte del donatario de una manera más completa, pensamiento de prevision que se aviene perfectamente con la naturaleza de la union conyugal.

de estar sometida á las mismas restricciones que ésta; y como la *mortis causa donatio* depende, como los legados en general, de la capacidad del que la recibe *(e)*, la donacion entre esposos, confirmada por la muerte del donante, sólo es válida dentro de los límites de las *decimæ* establecidas por la ley Julia *(f)*.

Esta confirmacion de la donacion resulta imposible cuando el matrimonio se disuelve por otra causa que no sea la muerte del donante, como el divorcio ó la muerte del donatario, pues entónces tiene efecto la nulidad con todo el rigor del antiguo derecho, y sólo es posible una nueva donacion *(g)*. Sin embargo, la muerte simultánea de ambos esposos vale como confirmacion de sus recíprocas donaciones *(h)*.

La confirmacion no tiene lugar tampoco cuando el donante ha revocado la donacion antes de su muerte. Para esta revocacion no se necesita intentar ninguna accion especial sino que basta cualquier modo de declaracion de la voluntad, la cual puede á su vez ser revocada por otra declaracion contraria; de suerte que hay que atenerse á la declaracion de voluntad que se reconozca como la última en fecha *(i)*.

Los efectos de la confirmacion se retrotraen á la época en que la donacion se hizo, considerándose ésta como si hubiera sido válida desde su orígen *(i1)*.

(e) Véase § 173, *b*.

(f) Ulpiano, XV.—Así pues, la palabras: «fini dicimarum auferre non oportere» (nota *c*) significan: en los límites fijados por las *decimæ* nadie puede atacar la donacion hecha al esposo superviviente. Todo lo que excede de estos límites pertenece á los herederos, no como donacion herida de nulidad, sino como un *caducum* que corresponde á los *liberos habentes* ó al fisco.—En el pasaje de la L. 32, § 24, de don. int. vir. (XXIV, 1): quæ tamen in commune tenuerun, *fine præstituto* revocanda non sunt», las palabras fine præstituto, sinonimas antiguamente de *fine decimarum*, significan simplemente en el digesto de Justiniano: «segun las cláusulas del contrato de sociedad.» (Véase § 154, *k*).

(g) L. 32, § 10, de don. int. vir. (XXIV, 1). Para convalidar las donaciones hechas por el suegro, la suegra, etc., unas veces basta la muerte del donante, otras se necesita además la de uno de los cónyuges. L. 32, § 16, 20, de don. int. vir. (XXIV, 1).

(h) L. 32, § 14, de don. int. vir. (V, 16); L. 18, C. eod. (V, 16).

(i) L. 32, § 2, 3, 4, de don. int. vir. (V, 16); L. 18, C. eod. (V, 16).

(i1) L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16). Este resultado es consecuencia tambien de la asimilacion con la *m. c. donatio*, cuya validez es igualmente retroactiva (§ 170).

Respecto á las diferentes formas de donacion que pueden ser objeto de esta confirmacion, se ha entablado, desde la época de los glosadores hasta nuestros dias, un reñido debate, pues mientras unos admiten la confirmacion para toda clase de donaciones, otros estiman que es solamente aplicable á las que resultan de una tradicion, y excluyen los demás casos, principalmente aquéllos en que la donacion resulta de un contrato obligatorio *(k)*.

Por mi parte creo que se extiende á toda clase de donaciones, y me fundo en que esta doctrina se establece, en los siguientes textos de Ulpiano, en términos tan formales y precisos, que me parece fuera de toda controversia: L. 32, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1). (Ulpiano lib. 33, ad Sab). «Oratio... pertinet... *ad omnes donationes* inter virum et uxorem factas: ut et ipso jure res fiant ejus cui donatæ sunt, et *obligatio sit civilis* *(l)*.» Y más formalmente todavía en el § 23 del mismo texto: «Sive autem res fuit, quæ donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habere... *et generaliter universœ donationes, quas impediri diximus, ex oratione valebunt.*»

Así se expresa Ulpiano que un poco ántes, en la misma obra, dice que está prohibida toda clase de donacion entre esposos, cualquiera que sea el modo de constituir la tradicion, estipulacion ó aceptilacion (§ 163, *a*); texto que no deja la menor duda sobre el verdadero sentido de las palabras «universæ donationes *quam impediri diximus.*« Inmediatamente despues del último texto habla Ulpiano de la *societas* y de la *emtio donationis causa contracta (m)*; y en este punto añade que la naturaleza misma de la sociedad y de la

---

(k) Los antiguos autores están citados en Glück, tomo XXV, páginas 431, 435; tomo XXVI, págs. 105, 122, 214 y 216, y en Schulting, *notœ ad Digesto*, tomo IV, págs. 300-304.—Los autores modernos son; Wàchter, Archiv für civil, Praxis, tomo XVI, págs. 107, 124 (contra la aplicacion general); Lohr, ibid., págs. 233-242; Puchta, Rhein, Museum, tomo VI, págs. 370-385 (estos dos últimos sostienen la aplicacion general).

(l) Para el lector libre de toda prevencion estas palabras significan evidentemente: la estipulacion ó la tradicion que eran nulas hasta el momento de la muerte se hacen válidas *ipso jure*. No es fácil figurarse cuantas forzadas explicaciones se han imaginado para desechar la prueba decisiva que resulta de las palabras *obligatio sit civilis*.

(m) Puchta; pág. 375, lo pone completamente de relieve.

venta se opone, independientemente del matrimonio, á la validez del acto y, por consiguiente, el senado-consulto no puede convalidarlo; pero no existiendo un obstáculo de esta especie puede invocarse el senado-consulto; todo lo cual prueba, de una manera decisiva, que el senado-consulto se aplica de igual manera á los contratos obligatorios que á la tradicion.

En el texto que le sigue (L. 33, eod.) hace Ulpiano una aplicacion de estas reglas al caso particular en que el marido ó la mujer prometen, por estipulacion, una renta anual á su cónyuge; el senado-consulto, dice, se extiende tambien á esta donacion. Esta aplicacion aumenta todavía la evidencia de los principios generales precedentemente sentados. Los partidarios de la opinion contraria, por una singular preocupacion, han creido que este último texto es el único testimonio que existe en favor de la nuestra, y han recurrido á las más arbitrarias afirmaciones para explicar de qué manera la estipulacion de una renta anual estaba regida por un derecho especial. Si hubieran comprendido el enlace que existe entre ambos textos de Ulpiano, se hubiesen convencido de la inutilidad de sus esfuerzos, pues aunque llegasen á descartar la ley 33, nada habrían ganado para la justificacion de su doctrina.

Un rescripto del emperador Alejandro *(n)* juzga el caso en que el marido se propone gratificar á su mujer, realizando un acto en virtud del cual la dote de la mujer se eleva á mayor suma que la efectivamente recibida. (*Quod de suo... in dotem adscripsit*); y declara que esta donacion no revocada se confirma por la muerte si se ha constituido en virtud de un acto obligatorio (donatione *legitime confectam...* quatenus liberalitas interposita *munita est*). El emperador no exige, pues, la tradicion, como hubiera debido hacerlo segun mis adversarios, sino una donacion perfecta con arreglo á las disposiciones generales del derecho, pues la simple imputacion (*adscribere*) no es bastante. Resulta, por tanto, que la estipulacion no se encuentra excluida en el caso de que acabo de hablar; debió, por el contrario, pare-

---

(n) L. 2, C. de dote cauta (V, 15).

cer tan natural y conveniente que probablemente se empleó con preferencia á otra forma *(o)*.

Hé aquí, sin embargo, en oposicion á estos testimonios, un texto, tambien de Ulpiano, que exige un sério exámen: L. 23, de don. int. vir. (XXIV, 1). (Ulpiano, libro 6, ad Sab.): «Papinianus recte putabat, orationem D. Severi ad rerum donationem pertinere: denique si stipulanti spopondisset uxori suæ, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit *(p)*.»

Sin la aprobacion expresada por la palabra *recte*, todo se explicaría fácilmente. El sentido sería, que Ulpiano refería como hecho histórico que Papiniano había puesto en duda si el senado-consulto era aplicable á las estipulaciones, y que bien pronto esta doctrina fué generalmente adoptada. Coloquémosnos por un momento bajo el punto de vista de la aprobacion de Ulpiano y examinemos, en sí mismos, los argumentos en apoyo de la una y de la otra opinion. Papiniano pudo ser movido á restringir la aplicacion del senado-consulto por las palabras «heredem vero *eripere*... durum et avarum esse *(q)*, que tomadas literalmente parece, en efecto, indicar la desposesion de una cosa ya adquirida; pero el argumento decisivo en favor de la opinion contraria, consiste en aplicar á este caso la ficcion de la *mortis causa donatio*, y Papiniano mismo no pone en duda esta asimilacion, puesto que somete el caso á los límites de la capacidad de recibir (notas *c, f*). Ahora bien; pudiendo efectuarse la *mortis causa donatio* por medio de la estipulacion de igual modo que por el de la tradicion, como Papiniano mismo lo reconocía *(r)*, debía admitirse consiguientemente que la muerte del donante confirma las donaciones entre esposos,

---

(o) Tambien hubiera podido realizarse entregando primero á la mujer la cosa que había de aumentarse, y devolviéndola ella inmediatamente á su marido; pero era mucho más sencillo emplear la novacion y sustituir á la *dotis stipulatio* originaría una estipulacion por mayor suma. Véase Puchta, pág. 377.

(p) Así es que el mismo Papiniano dice en otra parte con términos ménos precisos: «quod vir uxori dedit.» (Véase más arriba nota *c*).

(q) L. 32, § 2, de don. int. vir. (XXIV, 1) donde se cita literalmente el decreto del Senado. Papiniano, sin reproducir los términos del decreto, dice en el mismo sentido enteramente: «*Auferre* non oportere» (nota *c*).

(r) L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1). Véase § 157, (nota *t*).

sin distinguir si resultan de una estipulacion ó de la tradicion.

Por lo dicho hasta aquí, podría concluirse que Papiniano se ha atenido á la letra y Ulpiano al espíritu del senado-consulto, y más de un partidario de la opinion que sostengo ha considerado el asunto de esta manera. Por medio de esta distincion se ha tratado tambien de explicar la aprobacion de Ulpiano y de traducir el «*recte* putabat,» formulando el pensamiento del jurisconsulto de la siguiente manera: La opinion de Papiniano está conforme con la letra del senado-consulto, sin embargo, yo me reservo probar que, segun su espíritu, debe entenderse de otra manera (*s*); pero semejante interpretacion haría violencia al texto de Ulpiano; y además, ¿cómo había de explicarse la palabra *recte,* que evidentemente presenta la dificultad más grave? A. Faber, siguiendo su expeditivo método, borra dicha palabra (*t*); correccion muy cómoda, pero contradicha por todos los manuscritos conocidos; sin embargo, pudo no encontrarse *recte* en los manuscritos de los glosadores (*u*).

Otros distinguen dos senados-consultos; el primero (de Severo) había establecido la aplicacion restringida, y á él se referiría Papiniano; el segundo (de Antonino) había extendido la aplicacion del principio, y fué del que habló Ulpiano. Esta explicacion se encuentra ya en la glosa, y en nuestros dias ha sido presentada de una muy especiosa manera (*v*). Pero, en primer lugar, es difícil concebir que en el intervalo de algunos años se hayan dado dos senado-consultos sobre una cuestion de derecho tan especial (*w*); y

(*s*) De esta manera lo entiende Noodt, Comm. ad Pand. (XXIV, 1).

(*t*) A. Faber, Conject., II, 8; Löhr, pág. 241, participa de su opinion y añade que *recte* no se encuentra en las ediciones en 8.° de Amsterdam de 1663 y de 1700; pero ninguna conclusion puede sacarse de una falta de impresion en ediciones tan incorrectas.

(*u*) La glosa sobre el primer *putabat* está así concebida: «Et male secundum quosdam, ut statim dices.» Faber observa que esta glosa conviene perfectamente á un texto sin *recte*; y el *et male* sirve para determinar la nocion histórica que dá el texto. Con la leccion *recte putabat,* la glosa hubiera contradicho á Papiniano y estaría así concebida: *immo* male.

(*v*) Glossa in v. heredem mariti: «*Hodie* Papinianus per D. Severi et Antonini orationem *corrigitur* ut J. eod. L. Cum hic status.» Puchta. página 383.

(*w*) El nuevo decreto es ciertameate del año 206. (L. 32, pr. cit.); ó,

en segundo lugar, los numerosos textos en donde se trata del asunto deberían ofrecer vestigios de la existencia de estos dos decretos, y en vez de ello encontramos que los jurisconsultos y los emperadores emplean indiferentemente diversas designaciones, lo cual no hubiera podido hacerse sin inconveniente si todas no se refiriesen á un sólo y único decreto (*x*). Además, la introduccion histórica puesta por Ulpiano á la cabeza del texto principal sobre la materia (nota *b*), contradice la hipótesis de los dos decretos. En efecto, Ulpiano opone el antiguo órden de cosas (segun el *jus civile*) al decreto del Senado, dado, «ut aliquid laxaret ex juris rigor;» y este decreto es, segun Puchta, el último en fecha; de manera que Ulpiano no hubiera podido caracterizarlo diciendo que dulcificaba el *juris rigor*, si esta modificacion, aunque en menor grado, se hubiese ya verificado.

Mirado más de cerca el asunto resulta que en realidad Ulpiano refiere dos opiniones diversas de Papiniano. á saber, la aplicacion del senado-consulto á las tradiciones y su no aplicacion á las estipulaciones. Ulpiano aprueba solamente la primera opinion, si la palabra *recte* es auténtica; respecto á la segunda, no se expresa con entera claridad, porque dice: «*recte* putabat... ad rerum donationem pertinere: *denique*... non putabat, etc. Si no poseyéramos más que este texto, podríamos, sin escrúpulo, extender la aprobacion tácita de Ulpiano á la segunda opinion; pero como quiera que existen otros textos del mismo jurisconsulto que establecen una opinion contraria, no es posible conceder este asentimiento. Segun este punto de vista, debía esperarse que Ulpiano hubiera refutado formalmente la opinion de Papiniano; es verosímil que lo hiciera (*y*), y que los compiladores omitiesen esta refutacion, acaso fundados en la antigua disposicion legislativa, que priva de toda autoridad á las notas de Ulpiano y de Paulo sobre las obras de Papinia-

---

antiguo habría existido desde el tiempo de la asociacion al imperiol (Fragm. Vatc., § 294. Véase más arriba, nota *c*), y así no podría ser anterior al año 198.

(*x*) Véase los textos citados, notas *a*, *b*, *c*.

(*y*) Próximamente en estos términos: denique *non recte* putabat, ó bien con esta adicion: ego contra puto, ó: quo jure non utimur. Véase L. 54, de cond. (XXXV, 1); L. 76, § 1 de furtis (XLVII, 2), que contienen fórmulas semejantes para refutar una opinion citada.

no (*z*); pues aunque en verdad, esta disposicion no era directamente aplicable al caso que nos ocupa, ni obligaba á los redactores del Digesto, es posible que éstos creyeran conformarse con su espíritu, omitiendo un pasaje en que Ulpiano combatía abiertamente una opinion de Papiniano.

Pero, se dirá, esto hubiera sido faltar completamente á toda prevision é introducir la incertidumbre sobre la relacion de este fragmento con los demás textos. Sin embargo, cualquiera que sea el sistema que se adopte, hay que confesar el hecho; se ha cometido la inadvertencia de insertar á la vez estos textos diferentes; y no hay, por tanto, en esta crítica nada de favorable ni de contrario á ningun sistema. En este punto, como en otros semejantes, los compiladores no se habrán apercibido de que la L. 23, tal como se encuentra redactada, está en oposicion con las leyes 32 y 33 citadas.

En cuanto á nosotros, obligados á conciliar estos textos y á sacar de ellos un resultado práctico. ¿dónde debemos buscar una y otra cosa? Evidentemente en los textos de Ulpiano (L. 32 y 33 cit.), que de la manera más concluyente y por medio de las más diversas aplicaciones, establecen la autoridad general del senado-consulto. Respecto á la restriccion intentada por Papiniano, nos aparece como una simple nocion histórica, ya sea que se omita la palabra *recte*, ya se la refiera exclusivamente á la primera opinion de Papiniano, por otra parte incontestable, y no á la segunda, que entónces queda reducida á un recuerdo histórico (*aa*).

Debemos mencionar todavía un detalle importante que cada uno ha invocado en apoyo de su opinion. Ya en tiempo de Justiniano, se había preguntado si las donaciones que resultan de una obligacion se confirmaban por la muerte del donante, y el emperador resolvió la cuestion afirmativamente en la novela 162. La duda se había suscitado seguramente con motivo de la L. 23 citada, pues para los jurisconsultos de entónces como para nosotros, el Digesto era la ley aplicable. Pudiera creerse que esta novela debió terminar

---

(*z*) L. 3 (antes L. un). C. Th. de resp. prud. (I, 4), «... Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari.»

(*aa*) Lohr, p. 241 y Puchta p. 385, han explicado el asunto de esta manera al ménos en cuanto al resultado.

la discusion; pero desgraciadamente esta novela no está glosada. Ahora bien, los adversarios de mi opinion dicen que, si Justiniano creyó necesario dictar una nueva ley sobre este punto, es claro que hasta entónces, segun el Digesto, debió prevalecer la doctrina contraria. El argumento no tendría réplica si la novela 162 constituyese una nueva ley; pero Justiniano se contenta con enseñar y razonar las leyes existentes; así pues, la novela milita en favor de mi opinion; no á título de ley, porque no está glosada, sino como la más grave autoridad.

En este punto es muy digna de notarse la conducta seguida por los autores que con esta ocasion han escrito sobre la práctica. Admiten la aplicacion ilimitada del senadoconsulto, apoyándose en la novela 162 (*bb*), no porque pretendan atribuir fuerza de ley á las novelas no glosadas, sino porque su autoridad es de gran peso cuando se trata de conciliar dos textos contradictorios del Digesto. Ahora bien, este punto de vista es, precisamente, el mio, sólo que ellos no lo han expuesto con entera claridad.

§ CLXV.—V. *Donacion.—Restricciones. 2. Formalidades particulares.*

La segunda clase de restricciones positivas á que está sometida la donacion, consiste en ciertas formalidades particulares. Pero antes de exponer la naturaleza especial del derecho nuevo, actualmente en vigor sobre esta materia, se hace preciso mencionar el derecho antiguo, y principalmente el que se estableció por la *lex Cincia* (*a*).

Podemos afirmar que antiguamente estaban las donaciones sometidas á las dos restricciones siguientes:

(*bb*) Lauterbach, h. t., § 5; Struv. Exerc., 30, § 30; Coc., h. t., quæst. 2.

(*a*) No entra en el plan de esta obra el hacer una disertacion especial sobre esta difícil cuestion. Puede consultarse sobre este punto á Savigny, Zeitsch. f. gesch. Rechtsw., tomo IV, p. 1, (disertacion escrita ántes del descubrimiento de los fragmentos del Vaticano); Rudorff, de L. Cincia, Berol, 1825. 8; Franke, Civilstische Abhandlungen, p. 1-64; Klinkhamer, de donationibus, Amster., 1826. 8; Hasse, Rhein. Museum, tomo I, p. 105-248; Unterholzner, Rhein. Museum, tomo II, p. 436, tomo III, p. 153; Wenck, Prœf. in Hauboldi opuscula, tomo I, p. 37-61.—Las fuentes recientemente descubiertas han hecho inútiles los antiguos autores, tales como Brummer.

1. Prohibicion de las donaciones que excedan de una cierta suma que no conocemos.

2. Formas particulares exigidas para la validez de la donacion. Estas formas se refieren naturalmente á la perfeccion del acto, que es la condicion necesaria de toda donacion eficaz (§ 155); pero aquí prescripciones particulares aumentan la dificultad de esta perfeccion. Las *mancipi res* sólo pueden ser válidamente donadas por medio de la mancipacion ó de la *in jure cessio* (*b*), y exigen además la posesion para gozar del beneficio de los interdictos.

Existían, sin embargo, un cierto número de *personae exceptae*, entre los cuales figuran principalmente los más próximos parientes del donante ó de su cónyuge (*c*), cuyas personas favorecidas por la ley, si bien debían llenar las condiciones naturales de la donacion perfecta, no estaban sometidas á las prescripciones particulares de que acabo de hablar (*d*).

Preséntanse, tratando de esta materia, dos cuestiones principales que hasta hoy no han podido resolverse de una manera cierta. Primeramente, entre estas prescripciones, ¿cuáles son las que deben referirse á la ley Cincia, cuales á otras fuentes del derecho, y cuales son estas otras fuentes? En segundo lugar, ¿qué relacion existe entre las formalidades particulares y la distincion de las grandes y pequeñas donaciones? En cuanto á este último punto, no podemos

---

(*b*) La mayor parte de los textos hablan solamente de la mancipacion, porque esta forma era la más usada; pero aquí, como en otros puntos, la *in jure cessio* no era ménos eficaz que la mancipacion. Cod. Hermog., VII, 1 (antes VI, 1).

(*c*) Fragm. Vat., § 302. «Excipiuntur..... vir et uxor, sponsus sponsa.» Es singular que se mencionen entre las personas exceptuadas á los esposos, á los cuales estaban precisamente prohibidas las donaciones; pero no debe concluirse de aquí que la prohibicion de las donaciones entre esposos sea posterior á la ley Cincia. Por otra parte, las excepciones especiales de la prohibicion, son unas muy poco importantes y otras de un orígen muy moderno para haber sido mencionadas en una ley de esta época. Probablemente se refiere el texto á donaciones permitidas entre esposos, *mortis causa* y *divortii causa*, (§ 162) que entónces y con mucha razon estaban muy favorecidos y facilitados los medios de constituirlas. Sobre si la L. Cincia ha intentado ó no establecer una excepcion en favor de la *m. c. donatio*, V. más adelante nota *f*, y § 174 *a*.

(*d*) Fragm. Vat., § 310, 311, 293, 266. En muchos casos esta diferencia no era visible. Así, por ejemplo, el que quería donar un inmueble situado en una provincia, debía hacer uso de la tradicion, ora fuese el donatario *excepta*, ora *non excepta persona*, (l. c., § 293).

más que escoger entre las dos alternativas siguientes: ó las grandes donaciones estaban absolutamente prohibidas, en cuyo caso las formalidades particulares se habrían establecido solamente para la validez de las pequeñas donaciones (*d* 1), ó bien las pequeñas donaciones no se sujetaban más que á las reglas naturales de la perfeccion, y las formalidades particulares eran exigidas solamente para la validez de las grandes donaciones.

Hé aquí, sin embargo, en medio de estas incertidumbres, dos puntos importantes que parecen incontestables. Desde luego, la inobservancia de estas formalidades no entraña la nulidad del acto, como sucede respecto á las donaciones entre esposos, sino que proteje al donante cuando se arrepiente de su liberalidad, proporcionándole ciertos recursos jurídicos contra la demanda del donatario. Cuando, por ejemplo, había sido donada una casa por medio de la mancipacion, sin trasmitirle la posesion que da derecho á los interdictos, el donatario tenía la propiedad, y consiguientemente el derecho de reivindicacion; pero podía oponérsele una *exceptio L. Cinciæ*. Resultaba de aquí, que si por el contrario, había sido trasmitida, sin mancipacion, la posesion de la casa, este vicio de forma podía suplirse pronto por medio de la usucapion, de modo que, pasados dos años la donacion resultaba inatacable (*e*). Además, el derecho de hacer anular la donacion por omision de estas formalidades, era personal al donante, de suerte que, si este moría sin haber reclamado contra la donacion, el derecho se extinguía y no pasaba á los herederos (*f*). Estos dos puntos

---

(*d* 1) Para completar esta opinion podría admitirse que, cuando se había realizado una donacion importante, podía el donante recobrarla en virtud de una *condictio* no sometida á las reglas ordinarias de esta accion, es decir, independiente de la existencia de un error, de igual manera que lo vemos establecido para las donaciones entre esposos. Esto es lo que parecen indicar la L. 21, § 1, de don. (XXXIX, 5); la L. 5, § 5, de doli exc. (XLIV, 4); y acaso tambien el Fragm. Vat., § 266, por más que este último texto pueda igualmente aplicarse á la *condictio indebiti* ordinaria puesto que el donatario lo había creido por error un *exceptus*.

(*e*) Fragm. vat., § 293, «quæ mancipi sunt, *usucapta vel mancipata*... avocari non possunt.» Acaso era ésta en el antiguo derecho la más importante aplicacion de la *usucapio pro donato*. Esta especie de confirmacion no estaba admitida para las donaciones entre esposos (§ 163, *b*).

(*f*) Fragm. Vat., § 259: «morti Cincia removetur.» Ibid., § 266: «nisi

se encuentran fuera de toda controversia, así pues, se vé que este antiguo derecho, que tanto había ocupado á los jurisconsultos romanos, era, en su fin y en sus efectos, mucho más moderado de lo que hubiera podido creerse á primera vista. El propósito era únicamente poner remedio á una liberalidad irreflexiva, permitiendo en muchos casos al donante revocar la donacion; pero esta facultad estaba excluida, unas veces por la observacion de ciertas formas particulares, otras por la espiracion de un plazo muy corto, otras por la muerte del donante sin haber expresado ningun cambio de voluntad (*g*).

Estas reglas y estas formas del antiguo derecho han sido con el trascurso del tiempo reemplazadas por otras; sin embargo, no parece que ninguna ley especial haya producido este efecto. Y esta abolicion tácita se explica fácilmente, pues habiendo desaparecido en todas sus aplicaciones, su forma principal, la mancipacion, es evidente que no podía subsistir en materia de donaciones (*g*[1]); como forma-

---

forte durante voluntate decesserit donator,» (segun el § 266 podrían admitirse los hechos históricos siguientes: los sabinianos rehusaban la excepcion al heredero; los proculeyanos se la concedían; pero si el donante había muerto sin cambiar de voluntad, admitían contra el heredero una *doli replicatio* con arreglo á un rescripto del emperador Alejandro). Ibid. § 294: exceptionem voluntatis perseverantia, doli replicatio perimit.» Ibid., § 312. Este principio ha motivado evidentemente el decreto del Senado que declara la donacion entre esposos convalidada por la muerte del donante (§ 164).

(*g*) Evidentemente la estipulacion viene aquí despues de la mancipacion y de la tradicion por ser más peligrosa que éstas para las personas débiles. En el caso de una simple promesa el donante tenía la *exceptio legis Cinciæ;* despues del pago tenía una *condictio* para repetir por la suma, acaso bajo la condicion de que hubiese mediado error (nota *d* 1). Todas estas prescripciones son inaplicables cuando la donacion se hace á una *persona excepta.* Fragm. Vat., § 266.—La gradacion es aun más evidente cuando se trata de la remision de una deuda que, sin embargo, tiene tanta analogía con la donacion de una suma de dinero; esta remision queda, sin duda, anulada, por medio de una *replicatio L. Cinciæ* contra la *pacti exceptio* del deudor. Se encuentra un vestigio de esta decision en la L. 1, § 1, quib. mod. pign. (XX, 6). Véase Zeitssch. f. gesch., Rechtsw, tomo IV, pág. 44. Acaso tuviese diferente resultado la aceptilacion, porque, habiendo sido consumida la cosa, no hay lugar á la *exceptio* ni á la *replicatio.*

(*g*[1]) Largo tiempo despues de haber caido en desuso la mancipacion se conservaron en las donaciones fórmulas que sólo tenían sentido con relacion á ella (sestertii numi unius, assium quatuor) Justiniano prohibió como inútil el empleo de estas fórmulas. L. 37, C. de don. (VIII, 54).

lidad nueva se presenta la insinuacion judicial (§ 130), abandonada primero á la voluntad de las partes, prescrita despues para todas las donaciones por Constancio Cloro, y restringida por último á las donaciones importantes. Sin embargo, durante largo tiempo se usaron todavía otras formalidades tomadas en parte del antiguo derecho. Para apreciar exactamente su relacion con el derecho nuevo, es necesario pasar revista á las principales leyes promulgadas por los emperadores respecto á esta materia.

La más antigua, dada por Constantino el año 316, nos ha llegado con tres redacciones diferentes (*h*). Es un edicto de los más enfáticos, dirigido á Máximo, prefecto del pretorio. En el preámbulo deplora el emperador la incuria y las irregularidades que presiden á menudo en materia de donaciones, de donde resultan numerosos pleitos y contradictorios juicios. Con el fin de remediar este abuso, el emperador da, no una ley, sino una instruccion detallada sobre los medios que deben emplearse para hacer una donacion completamente irrevocable. Exige tres condiciones: un acta escrita y hecha ante testigos, conteniendo todas las condiciones de la donacion; el nombre del donante, la indicacion de la cosa donada y la tradicion verificada igualmente en presencia de testigos (*i*); y por último, la insinuacion judicial (*k*). Pudiera creerse que éstas son las formalidades indispensables cuya omision entrañaría la nulidad del acto; pero el pasaje siguiente nos prueba que no es así: «Quod »si... orba publico testimonio liberalitas cœcam gratiam »obscurosque cœtus prodiderit quoniam sola fraus cognita »est, eorum quae donata dicuntur *temere non erit fides accipienda.*» Así pues, cuando no han sido cumplidas estas

---

(*h*) La redaccion primitiva se encuentra, aunque con algunas lagunas hácia el fin, en los Frag. Vat., § 249. En el Código Teodosiano, esta ley es la 1, C. Th. de don. (VIII, 12); en el Código de Justiniano, la 25, C. de don. (VIII, 54). La fecha del año 316 es cierta con arreglo al manuscrito del Código Teodosiano, la del año 316 debe ser rechazada. Véase Wenck, sobre la L, 2, Th. de administr., III, 19 *(ó 30)*; Hänel, ibid.

(*i*) «Advocata vicinitate, omnibusque arbitris quorum post fide uti liceat.» La tradicion se mantenía como necesaria, con arreglo al derecho anterior.

(*k*) La insinuacion había sido ya exigida por el padre de Constantino, segun se verá en seguida. Constantino no hace más que recordar aquí esta prescripcion.

formalidades no se anula el acto, sino que el Juez debe admitir ménos fácilmente la existencia de la donacion y depurar los hechos con más rigor que de ordinario; todo lo cual presenta más bien el carácter de una instruccion que de una ley.

Cerca de un siglo despues de este edicto, se declaró cosa indiferente la redaccion escrita de las donaciones (*l*), y no porque se quisiera derogar el edicto, sino para declarar que la redaccion por escrito era una medida de prudencia y no una formalidad indispensable, añadiéndose en seguida, lo cual conforma enteramente con el espíritu del edicto, que por medio de otras pruebas podía suplirse perfectamente la ausencia de un acta escrita.

Los mismos emperadores que habían dictado esta ley, promulgaron, diez años despues, el Código Teodosiano. En él se encuentra un extracto sucinto del edicto de Constancio (nota *h*) que tiene más carácter de ley que el texto original. En esta ley habían previsto los emperadores toda falsa interpretacion en lo tocante á la redaccion por escrito que el edicto establece. En cuanto á la tradicion y á la insinuacion, se consideran siempre como formalidades necesarias, no como formalidades nuevas. Ahora bien, ¿qué consecuencias debería tener la inobservancia de estas formalidades? El Código Teodosiano nada dice respecto á tan importante cuestion. Podrá creerse que la nulidad se implicaba por sí misma; pero precisamente ninguna materia es ménos susceptible que la de donaciones de que la nulidad se implique por sí, y desde hacía muchos siglos existía la costumbre de las formalidades positivas, cuya omision había tenido siempre consecuencias muy distintas de la nulidad. Debe, pues, creerse, que los redactores del Código Teodosiano, suponían que se conocían estas consecuencias y que se tendrían presentes en los casos de inobservancia de la ley. Y nada de extraño tiene esta suposicion porque los escritos de los antiguos jurisconsultos, donde podían instruirse en esta materia, estaban entónces en manos de todos los Jueces.

Cuarenta años despues de la publicacion del Código Teo-

(*l*) L. 29, C. de don. (VIII, 54) del año 428; «... et sine scripto donatum quid fuerit, *adhibitis aliis idoneis documentis*, hoc quod geritur comprobatur.»

dosiano parece que se había dado mucha importancia á la presencia de los testigos en los actos de donacion. Así es que el emperador Zenon *(m)* ordenó que la insinuacion judicial dispensara del llamamiento de los testigos para el acto de la tradicion *(n)*. Cuando la insinuacion no se exigía *(o)* el acto no tenía necesidad de la firma de los testigos, y se pudo donar válidamente, segun sus disposiciones, sin ningun documento escrito.

Justiniano insertó en su código las tres leyes de que acabo de hablar, y principalmente el edicto de Constantino, pero con modificaciones notables. Respecto á la insinuacion añade: *ubi hoc leges expostulant,* porque Justiniano no exige la insinuacion más que para las donaciones que excedan de 500 *solidi*. Nada dice de la tradicion, porque Justiniano había ordenado que la simple promesa de donacion, sin ninguna otra formalidad, daría lugar á una accion *(p)*. Por último, la prescripcion de un acta escrita fué conservada, pero con una modificacion. Constantino había dicho: tabulae..... *scientibus plurimis* prescribatur, lo cual es una indicacion de la presencia de los testigos, sino es una prescripcion formal. Las palabras *scientibus plurimis* se conservaron en el Código Teodosiano y se han omitido en el Código Justiniáneo *(q)*; y todo lo que podría inducirse de aquí para el derecho actual, sería la necesidad del documento escrito, pero no la presencia de los testigos. Habiendo declarado una constitucion del año 428 supérflua esta formalidad (nota *l*), y habiéndose insertado esta constitucion en el có-

---

(m) L. 31, C. de don. (VIII, 54) del año 478.

(n) «Non esse necessarium..... *vicinos vel alios testes* adhibere.» Alucion literal á la ley de Constantino sobre los testigos exgidos para la tradicion (nota *i*).

(o) Es decir segun el derecho que rige respecto á la *donatio ante nuptias* que no excediese de 200 *solidi*. L. 8, C. Th., de spons. (III, 5).

(p) L. 35, § 5, C. de don. (VIII, 54).

(q) Es verdad que más arriba se encuentran estas palabras: *neque id occulte aut privatim* que han sido conservadas por Justiniano; pero esto significa una cosa distinta al empleo de los testigos. Se obra francamente y sin misterio cuando por ejemplo, amigos y parientes conocen la donacion, sin que haya necesidad de la presencia de testigos para la redaccion del escrito. Las palabras *scientibus plurimis* se refieren más directamente al empleo de testigos pero no lo exigen de una manera positiva, pues muchas personas pueden tener conocimiento de la donacion sin haber asistido como testigos á la redaccion del acta.

digo, tenemos ya sobre este punto una decision formal de Justiniano.

El edicto de Constantino volvió á ser por consiguiente lo que había sido en su principio, esto es, una instruccion sobre las precauciones que debían tomarse para redactar un acta de donacion, cuando las partes querían consignarlo por escrito. Relacionando ahora las diversas prescripciones del derecho justiniáneo sobre la forma de las donaciones, resulta que, exceptuando la insinuacion, no exige ninguna formalidad particular, ni acto escrito, ni testigo, ni tradicion.

Tal sería el estado de la cuestion si no tuviéramos sobre el punto que nos ocupa, ninguna otra declaracion de Justiniano; pero estas declaraciones no nos faltan. Despues de muchas disposiciones muy detalladas respecto á la insinuacion, hé aquí lo que el emperador ordena en cuanto á la forma de las donacionaciones *(r)*. La reserva del usufructo vale como tradiccion, y por consiguiente, trasfiere inmediatamente la propiedad; la estipulacion engendra una accion para hacer que se ejecute por medio de la tradicion; la simple promesa sin ninguna formalidad, engendra igualmente esta accion. Este era ciertamente el lugar de mencionar los testigos si Justiniano hubiera exigido su presencia para la tradicion ó para el contrato, pero sobre este punto no dice una sola palabra. El contenido de esta nueva ley se resume en las Instituciones en los siguientes términos: § 2, Inst. de don. (II, 7). «...Perficiuntur autem, cúm donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. *Et ad exemplum venditionis* nostra constitutione eas etiam in se habere necessitatem traditioni voluit: ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum robur et perfectum, et traditionis necessitas incumbat donatori.»

Dos cosas son de notar en este texto. Primeramente el silencio sobre los testigos, de los cuales debió hacerse mencion si su presencia se hubiera juzgado necesaria. En segundo lugar, la analogía formalmente expresada con el contrato de venta. El texto dice que la tradicion puede exigirse *como si se tratase de un contrato de venta,* lo que sig-

(r) L. 35, § 5, C. de don. (VIII, 54).

nifica *nudo consensu;* de manera que no hay necesidad de estipulacion para ejercitar esta accion; y de aquí resulta además, que los testigos no son necesarios, puesto que los contratos consensuales no exigen la presencia de testigos ni otra especie de formalidad positiva.

He tratado esta cuestion con mayores desenvolvimientos que me parecían necesarios, porque en nuestros dias se han sentado principios completamente opuestos á mi doctrina. Se ha dicho que á pesar de las modificiones introducidas en el derecho de donacion, la presencia de los tres testigos había sido siempre una formalidad indispensable para la validez de las donaciones, ya resulten de la tradicion, ya de un contrato obligatorio, exceptuando únicamente las donaciones insinuadas que no están sometidas á ninguna otra formalidad; y se ha añadido que tal era la regla establecida por el derecho justiniáneo *(s)*. En apoyo de esta doctrina se alega que hubiera sido grande inconsecuencia establecer formalidades particulares y principalmente el concurso de testigos para las donaciones escritas, y no prescribir ninguna para las donaciones verbales. Pero, ¿qué prueba este único argumento en una materia sucesivamente sometida á tantas reglas arbitrarias? Justiniano, ¿no se ha mostrado de igual modo inconsecuente, cuando concede una accion á toda clase de donaciones, y exige la estipulacion para el préstamo á interés?

Afírmase, que la Novela 50 del emperador Leon y los escolios de las Basílicas, exigen la presencia de tres testigos para la validez de las donaciones, y que esta formalidad debe referirse á los tiempos antiguos de donde ha sido tomada *(t)*. Pero el motivo alegado hace ménos admisible todavía esta argumentacion. No contaría, sin duda, Justiniano que estas formalidades indispensables de las donaciones queridas por él, pero no expresadas, habían de ser reveladas á ciertos autores tres ó cuatro siglos despues. La cuestion se reduce, por tanto, á saber si examinando atenta-

---

(s) Marezoll en: Grolman und Löhr Magazin, tomo IV, págs. 175-203. Schröter en: Linde Zeitschrift fur Civilrecht und Prozesz, tomo II, página 132.

(t) Marezoll, p. 179-184.

mente la legislacion justiniánea, se encuentra en ella algun vestigio sobre la necesidad de los testigos. Dícese que se encuentra expresada implícitamente por las palabras *adhibitis aliis idoneis documentis* (nota *l*), de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, que deben interpretarse de esta manera: siempre que tratándose de donaciones verbales se hayan empleado los otros *documenta* ó formalidades conocidas, entre las cuales se encuentra indudablemente la presencia de tres testigos *(u)*. Ahora bien, el sentido natural de *documentum* es *prueba* en general; aplicada principal ó exclusivamente á la prueba de testigos, no se usa esta palabra. Sin embargo, no insisto sobre esta crítica, porque aquí se trata de una cosa expresada en otra parte y conocida de todo el mundo. Y supuesto que en alguna parte ha de encontrarse, ¿dónde debemos buscarla? Unicamente en el edicto de Constantino. Este edicto, tal como ha sido referido en el Código justiniáneo, no hace mencion alguna de testigos; así, pues, nada hay en la legislacion justiniánea que nos indique que se hayan de llamar testigos, y precisamente en el número de tres, para hacer una donacion.

Resulta de toda esta indagacion que, desde el abandono de las formas y de las reglas del antiguo Derecho, la insinuacion es la formalidad exigida para las donaciones. Los prácticos lo han reconocido así constantemente *(v)*; y aunque las indagaciones históricas diesen un resultado diferente, ninguna influencia tendría sobre el Derecho actual; pues, en efecto, no se trata de una institucion que la ciencia tenga la mision de completar, desembarazándola de errores que la desfiguren, sino de una formalidad aislada y arbitraria que se encontraría abolida por el no uso de tantos siglos, aunque hubiera existido en las fuentes del Derecho justiniáneo *(w)*.

(*u*) Marezoll, p. 187-189.

(*v*) Mühlenbruch, § 442, nota 11.

(*w*) De igual manera puede decirse, con gran fundamento, que las formas usadas para los testamentos desde la Edad Media descansan en gran parte sobre errores históricos. (Savigny, Historia del derecho romano en la Edad Media, tomo I, § 27, tomo II, § 67), y sin embargo, en donde el derecho rige, esta conviccion ninguna influencia práctica podria tener respecto á la apreciacion de los testamentos.

§ CLXVI.—V. *Donacion.—Restricciones. II. Formalidades particulares* (Continuacion).

La única formalidad particular á que están sometidas las donaciones en el Derecho actual, es, como hemos dicho, la insinuacion. Un detenido estudio sobre ella, exige una introduccion histórica preliminar *(a)*.

Encontramos mencionada por primera vez la insinuacion en un edicto de Constantino del año 316 (§ 165, *h*), por más que habla de ella como de cosa ya conocida.

Más importancia tiene para nosotros la ley promulgada por el mismo emperador el año 319 *(b)*, la cual atribuye la introduccion de la insinuacion al emperador Constancio Cloro, quedando únicamente dispensadas de esta formalidad las *personæ exceptæ* del antiguo Derecho (§ 165). Constantino derogó esta dispensa é impuso á todos la necesidad de insinuacion. Varias leyes subsiguientes se contentaron con confirmar este principio sin entrar en nuevos detalles *(c)*.

La primera restriccion impuesta á la generalidad de la insinuacion es del año 428. La *donatio ante nuptias* inferior á 200 *solidi*, fué dispensada de la insinuacion *(d)*.

En el año 529, Justiniano dispensó de la insinuacion á todas las donaciones hasta la suma de 300 *solidi (e)*; despues, en 531, hasta la de 500 *(f)*. Esta última disposicion sirve de base al Derecho actual, y puede resumirse de la siguiente manera: toda donacion cuyo valor exceda de 500 *solidi* está sometida á la insinuacion judicial. Trátase ahora de determinar el valor del *solidus* y el de la donacion, con el fin de comparar estos dos términos.

(a) Este asunto ha sido tratado profundamente y con detalles por Marezoll en: Linde Zeitschrift für Civilrecht und Prozesz, tomo I, página 1-46.

(b) L. 1, C. Th. de spons. (III, 5). Wenk ha hecho una investigacion profunda sobre la fecha de esta ley, y la ha fijado de distinto modo que las suposiciones de Godefroy.

(c) L. 3, 5, 6, 8, C. Th. de don. (VIII, 12).

(d) L. 8, C. Th. de spons. (III, 5); L. Rom. Burgund., tít. XXII.

(e) L. 34, pr. C. de don. (VIII, 54).

(f) L. 36, § 3, C. de don. (VIII, 54), § 2, J. de don. (II, 7).

La práctica moderna asimila el valor del *solidus* romano á la del ducado actual; pero esto no sería bastante para darnos una cantidad fija, porque existen muchas clases de ducados, y además, cada una de estas clases está sometida á las variaciones que el curso de los negocios establece en la relacion del oro á la plata. Por fortuna, la práctica ha dado un paso más y ha adoptado el valor que tenía originariamente el ducado de Hungría, es decir, 10 francos *(g)*. Así, pues, 500 *solidi* equivalen á 100 marcos de plata fina, ó sean 5.000 francos. Es verdad que el *solidus* del tiempo de Justiniano valía en realidad, próximamente, 12 francos y céntimos *(h)*; pero esta falta de exactitud histórica en la fijacion de una suma, arbitraria en sí, no contradice en modo alguno la autoridad de una universal práctica, y debe considerarse como una ventaja grande la adopcion general de un volor uniforme.

Para determinar el valor de la donacion, es preciso recurrir á las reglas más arriba sentadas sobre la enajenacion, el enriquecimiento del donatario y la intencion del donante.

Cuando el objeto de la donacion es la propiedad de una cosa que no es dinero, debe ser jurídicamente fijado su valor, para la aplicacion de la insinuacion. Si la propiedad ha de limitarse á un derecho perteneciente á un tercero debe esto tenerse en cuenta para su estimacion *(i)*. Si el derecho del donante consiste, no en una propiedad verdadera, sino en una *b. f. possesio*, debe tambien valuarse, procurando, en este caso, determinar en cuanto podría venderse la cosa, habida consideracion á la incertitumbre de la posesion *(k)*; y si este procedimiento no dá resultado seguro, puede esperarse á que, concluido el plazo para la usucapion, sea el valor de la propiedad verdadera el objeto de la donacion *(l)*.

(g) Carpzov, II, 12. def. 12. Voet aud Paud. (XXXIX, 5, núm. 18. Pufendorf, Obss. I, 17.

(h) Zeitscrift, f. gesch. Rechtsw, tomo VI, pág. 392.

(i) Se emplea aquí el mismo procedimiento que para la determinacion de la falcidia. L. 18, § 3, de m. c. don (XXXIX, 6); L. 1, § 16, ad Sc. Treb., (XXXVI, 1).

(k) Con garantía contra la eviccion; de otro modo el asunto no tendría valor positivo.

(l) Véase § 156. Si la eviccion se opera ántes del término fijado para

Los frutos venideros de la cosa donada no deben nunca tenerse en cuenta para la estimacion (§ 147).

Cuando la donacion consiste en un usufructo, su valor se determina segun la duracion probable de la vida del usufructuario *(m)*. Puede tambien esperarse á la época de su muerte, y mientras tanto, en caso de cuestion, prestar una caucion que entónces se confunde con la general del usufructo.

Si la donacion consiste en la promesa de una renta anual que no exceda de 500 *solidi*, pueden presentarse diferentes casos.

Desde luego, la renta puede ser prometida para un cierto número de años; su valor se determina entónces por la suma de los pagos, pues la sucesion de ellos es una circunstancia indiferente, una vez que el principio general siempre subsiste, y semejante promesa debe ser considerada como una obligacion simple é indevisible, y no como la reunion de muchas deudas, independientes unas de otras (§ 127 h). Este nó dudoso caso no se menciona en las fuentes del derecho.

Los casos en que la renta no puede valuarse en una suma determinada y calculable de antemano, eran para los antiguos jurisconsultos materia de controversia. Justiniano establece sobre diferentes de ellos las prescripciones siguientes *(n)*:

1. Si la renta debe terminar á la muerte del donante ó del donatario la insinuacion no es necesaria y se considera cada pago como una donacion distinta. Esta decision se funda en la incertidumbre sobre el término de la vida *(o)*.

---

la usucapion, no ha habido en definitiva más que una donacion. Esta manera de proceder se justifica por la analogía con las obligaciones condicionales (nota *t*).

(m) Segun las reglas establecidas por la L. 68, pr. ad L. Falc (XXXV, 2). Meyerfeld, I, pág. 136. pretende equivocadamente que el valor del usufructo se fije en la mitad del de la propiedad, porque hay varios ejemplos de semejante estimacion. L. 6, § 1, de usufr. (VII, 1); L. 6, § 10, comm. div. (X, 3); L. 16, § 1 fam. herc. (X, 2). En estos diferentes casos podía ser éste el valor real determinado por el juez ó por un acuerdo entre las partes; pero la edad del usufructuario es la que evidentemente tiene más importancia sobre el valor del usufructo.

(n) L. 34, § 4, C. de don. (VIII, 54).

(o) «Ut si hujusmodi... legitimam quantitatem.» Es decir, que la do-

2. Si los herederos del donante deben continuar pagando la renta á los del donatario, se exige siempre la insinuacion *(p)*.

Como se entiende por herederos una sucesion indefinida de ellos, la renta de que aquí se trata es en realidad una renta perpétua *(q)*.

3. Sucede lo mismo cuando la renta espira á la muerte del heredero inmediato del donante ó del donatario *(r)*. La

---

nacion permanece válida aunque los pagos realizados en su consecuencia excedieran juntos de 500 *solidi*.

(*p*) *Sui autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio*, vel (non) adjiciatur tempus vitæ (heredum), vel donatoris, vel ejus qui donationem accepit: tunc quasi perpetuata donatione... excedere legitimum modum, et omnímodo acta deposcere, et aliter minime convalescere.» No es necesario decir que no hay infraccion sino cuando los pagos ejecutados exceden de 500 *solidi*.

(*q*) L. 65, de V. S. (L. 16); L. 194, de R. J. (L. 17).

(*r*) Hé aquí, respecto de este tercer caso, la leccion ordinaria: vel adjiciatur tempus vitæ vel donatoris vel ejus qui donationem accepit (nota *p*); pero como entónces resulta evidentemente este caso comprendido en el primero, no puede ser admitida, y en vano se ha recurrido para defenderla á las explicaciones que vamos á examinar. (Roberti lectiones, I, 26, animadv., I, 25; Marezoll, pág. 21). 1.° Es necesario que haya un número determinado de años añadido á la duracion de la vida. Ahora bien, si por esto se entiende que la renta se ha establecido para este número de años, aunque excediera de la duracion de la vida, ¿á qué hablar de esta duracion? Y si, por el contrario, la condicion de supervivencia se añade á la determinacion de los años, por ejemplo, durante veinte años, á ménos que el donante no muera ántes, la fijacion es todavía más restringida que en el primer caso y no podria asimilarse esta renta á una renta perpétua. 2.° Es necesario que se haya fijado una época más allá de la muerte, como por ejemplo, un año despues de mi muerte. Pero sería una inconsecuencia asimilar este caso á una renta perpétua, puesto que, salvo una corta prolongacion, entra en el primer caso.—Por eso Cuyacio corrige así el texto: vel *non* adjiciatur (ó *nec* adjiciatur), y obtiene un sentido racional: «O (sin hablar de los herederos) si la renta no se ha fijado por la duracion de la vida de las partes.» (Comm. in L. 16 de V. O., opp., I, 1173, et observ. XV, 22). Las Basílicas nada deciden sobre este punto (T. VI, págs. 187, 223. Cuj. l, c. Contius in L. cit., ed. 1571).—Por mi parte leo: vel adjiciatur tempus vitæ *heredum* vel donatoris, etc., leccion que se encuentra en uno de mis manuscritos del Código, y dá el sentido siguiente: «cuando no se hubiera hablado de los *herederos* en general (lo cual comprendería tácitamente todos los herederos futuros), si la renta se ha constituido hasta la muerte de los herederos inmediatos (tempus vitæ *heredum*);» entónces se trataría efectivamente de un nuevo caso al que se aplicarían los motivos más abajo expuestos (nota *s*). Una antigua glosa interlineal intenta atribuir al texto este mismo sentido por vía de simple interpretacion. El Cod. Berol., in fol., n. 274, pone por cima de las palabras vel donatoris esta glosa explicativa: S. (es decir, scilicet) *heredum*, glosa que se reproduce encima de las palabras vel ejus.

duracion, indefinida tambien, de esta renta hace que se asimile este caso al de la renta perpétua *(s)*.

Si el objeto de la donacion es un crédito condicional, se espera para apreciar la necesidad de la insinuacion á que la condicion se cumpla ó deje de cumplirse. Esto, al ménos es más seguro que estimar el valor de la donacion, segun los grados de probabilidad que ofrezca el cumplimiento de la condicion (*t*). Si el reintegro del crédito es incierto se regula segun su valor en renta (*u*).

La remision de una deuda constituye siempre una donacion en dinero, igual al importe de la misma deuda, aunque el deudor fuera insolvente (§ 158, *b*).

No se hace necesaria una decision rigurosa sobre estos casos dudosos, sino cuando el donante, arrepintiéndose de su liberalidad, quiere revocar la donacion por defecto de insinuacion, debiendo notar que, si las partes tenían la conviccion de que la insinuacion no era necesaria, no se podría en adelante atacar la donacion por falta de esta formalidad, á ménos de probar que hubo intencion de eludir la ley.

Cuando entre las mismas personas y en diferentes épocas intervienen muchas donaciones, no se las debe reunir para establecer la necesidad de la insinuacion, aunque pareciese que la donacion se había dividido con el fin de eludir la ley (*v*). En su consecuencia, si la donacion resulta de una obligacion de 800 sólidi y se ha verificado sin insinuacion y más tarde la obligacion se disuelve por el pago, hasta los 500 sólidi hay pago de una deuda legítima (§ 157 *a b*), y respecto á los otros 300 sólidi, pago de una deuda real, es decir, donacion nueva, pero que sola, no excediendo de la cuota legal, es regular é irrevocable. Este caso especial nos ofrece, por tanto, un resultado diferente

---

(*s*) Tunt, *quasi* perpétua donatione et *continuatione ejus magnam et opulentiorem* eam efficiente... omnimodo acta deposcere.

(*t*) En efecto, de esta manera se procede para fijar la falcidia. L. 45. § 1; L. 73, § 1; ad L. Falc. (XXXV, 2).

(*u*) Tambien por analogía con la falcidia: L. 82; L. 22, §, ad L. Falcid. (XXXV, 2). El valor venal de crédito se entiende el que hubiera podido obtener si la ley Anastasiana no hubiera prohibido todas las rentas de este género. Si se trata de papel moneda cotizable en Bolsa se regula segun el valor que obtiene en la época de la donacion.

(*v*) L. 34, § 3, de don. (VIII, 54). Esta era una cuestion relativa á la L. Cincia, controvertida por los antiguos jurisconsultos.

del que produciría si hubiera tenido lugar entre esposos (§ 163).

La insinuacion, allí donde es necesaria segun las reglas que acabo de exponer, consiste en un acta judicial, que se levanta sobre la declaracion de las partes. Antiguamente debía hacerse esta declaracion ante el Magistrado competente (*w*); segun el derecho nuevo, todo Magistrado es hábil para recibirla (*x*). Su papel se limita á atestiguar sobre su autenticidad; no es por tanto una ratificacion que pueda rehusar, segun las circunstancias. Sin embargo, si el Magistrado reconoce que el acto se verifica con un fin ilegal, puede y debe rehusar su concurso á semejante acto.

§ CLXVII.—*Donacion.—Restricciones.—2.—Formalidades particulares.* (Continuacion).

El punto más importante consiste en saber cuales son los efectos que produce la falta de la insinuacion. Natural era haberse referido á la jurisprudencia nacida de la ley Cincia, la cual hacía respetar sus disposiciones por medios artificiales (§ 165); pero esta asimilacion no tuvo lugar, y sería gran error el creer que sucedió esto por pura casualidad y sin reflexion alguna. La experiencia había mostrado sin duda, que este antiguo derecho suscitaba grandes embarazos y numerosas controversias, mientras que el principio relativo á las donaciones entre esposos era de una aplicacion sencilla y fácil. Lo cierto es que se extendió este principio á los casos de falta de insinuacion. El acto de donacion no insinuado es radicalmente nulo y se considera como no acontecido. La nulidad, sin embargo, hiere solamente el valor que excede de 500 *sólidi;* hasta la concurrencia de esta suma la donacion permanece válida (*a*). Así,

---

(*w*) L. 3, C Th. de don. (VIII, 12), del año 316. Se habla aquí del Juez en cuya jurisdiccion habita el donante y se encuentra la cosa donada. Si había dos jurisdicciones se daba indudablemente la preferencia al *forum rei sitæ.*

(*x*) L. 8, C. Th. de don. (VIII, 12) del año 415.—L. 27, 30, 32, C. de don. (VIII, 54).—Marezoll, p. 6.

(*a*) L. 34, pr., C. de don. (VIII, 54). «....Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit, *hoc quod superfluum est* tantummodo non valere: *reliquam vero quantitatem*, quæ intra legis terminos constituta est,

pues, á este excedente de valor se aplica el derecho que ha regido siempre en las donaciones entre esposos (§ 163).

Es verdad que el principio le vemos solamente desenvuelto en una aplicacion; pero ésta manifiesta que se habían comprendido perfectamente todas sus consecuencias. Si se trataba de la donacion de una cosa que no se consume por el uso, como por ejemplo, un inmueble, había de verificarse por medio de la tradicion, y entónces, en virtud del principio que acabamos de exponer, excediendo el valor del inmueble de la cuota legal, existía una comunidad de propiedad entre el donante y el donatario, y, en caso de cuestion, debía el Juez determinar la parte que á cada uno de ellos correspondía. Existían además prescripciones especiales para prevenir estas cuestiones. El propietario de la porcion principal puede comprar la otra parte por el precio de la estimacion; y si rehusa esta facultad se procede á una particion natural; y si ésta no puede practicarse sin inconveniente, la porcion principal puede ser comprada por el copropietario, por el precio de la estimacion *(b)*.

Resulta tambien del principio de nulidad absoluta, que respecto al valor excedente de la cuota, no puede ser nunca la donacion un título para la usucapion; de manera que ésta no puede suplir el defecto de insinuacion, á diferencia de lo que sucedía en el derecho antiguo, segun el cual, la usucapion se oponía á las reclamaciones nacidas de la ley Cincia (§ 165, *e*). Otra consecuencia del mismo principio consiste en que, bajo un aspecto, debe ser el donatario considerado como poseedor de mala fé del exceso de valor, puesto que sabe que no tiene sobre él derecho de propiedad, y bajo otro aspecto, como de buena fé, porque puede fundadamente estimar que posee con el consentimiento del propietario, mientras que éste no haya manifestado su propósito de revocar la donacion (§ 150, 151).

En lo que toca á las otras cuestiones no resueltas por Justiniano, debe aplicárseles tambien, vista la identidad de motivos, el derecho tan cuidadosamente desenvuelto por los

---

in suo robore perdurare: quasi nullo penitus alio adjecto, sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse credatur.

(b) L. 34, § 2, C. de don. (VIII, 54).

antiguos jurisconsultos tratando de las donaciones entre esposos (§ 163); bien entendido que me refiero principalmente á los recursos jurídicos que competen cuando la donacion es atacable por falta de insinuacion. En semejante caso el donante que se arrepiente de su liberalidad puede reclamar el excedente del valor de que hemos hablado, por medio de la reivindicacion ó de la *condictio*, segun que el donatario conserva la cosa ó su valor. Es probable que los redactores del Digesto hayan creido inútil desenvolver las consecuencias de la falta de insinuacion en la conviccion de que se aplicarían á esta materia las reglas tan detalladas sobre las donaciones entre esposos. La asimilacion establecida por Justiniano entre estas dos instituciones, confirma lo que he dicho más arriba, á saber, que cuando una donacion es atacada por falta de insinuacion y se indaga si el propietario resulta aún enriquecido por ella, debe procederse absolutamente como si se tratara de donaciones entre esposos (§ 151), pues si evidentemente se pueden considerar, como lo he hecho, las consecuencias del consumo de la cosa donada con relacion á la extension de la donacion, con igual fundamento pueden tambien considerarse con relacion á las condiciones y á los límites de la *condictio;* ahora bien, si ésta se aplica seguramente al caso de defecto de insinuacion, en ausencia de prescripciones especiales, no podemos más que aplicarle las reglas establecidas para la *condictio* en las donaciones entre esposos.

Cuando una donacion sometida á la insinuacíon se verifica con el concurso de personas extrañas, por ejemplo, por medio de una novacion, ¿la nulidad que resulta de la falta de insinuacion, se extiende al acto pasado con estas personas y que en sí no es una donacion? He tratado en el apéndice X,—y á él remito al lector,—de esta cuestion difícil.

Réstame ahora hablar de los casos excepcionales en que la donacion, cualquiera que sea su valor, se halla exceptuada de la formalidad de la insinuacion.

Se exceptúan primeramente de la formalidad las donaciones hechas por el emperador á personas privadas y las hechas por personas privadas al emperador *(c)*. Además

---

(c) L. 34, pr., C. de don. (VIII, 54), Nov. 152, C. 2.

las que se destinan á la reconstruccion de una casa desplomada por sí ó incenidada *(d)*. Esta excepcion tiene la particularidad de que es la única que se aplica igualmente á la prohibicion entre esposos y al defecto de insinuacion. Si hay desacuerdo sobre el empleo de las sumas, se defiere la cuestion al juramento del donatario. Igualmente se excluyen las donaciones por *causa piissima*, es decir, para rescate de cautivos. En este caso el juramento del donatario hace fé tambien respecto al empleo de la donacion *(e)*. Tampoco están sometidas á la insinuacion las donaciones de cosas muebles hechas por un *Magister militum*, para recompensar el valor de los soldados *(f)*, exencion que menciono solamente como enseñanza histórica.

Mucha más importancia que las exenciones anteriores tiene la establecida á favor de la dote. No ofreciendo en realidad carácter de donacion, la dote que una mujer se constituye por sí misma (§ 152), no se halla sujeta á la insinuacion; pero la que le constituye un extraño es una verdadera donacion hecha á la mujer; y la dispensa de insinuacion concedida por Justiniano, es una excepcion positiva fundada en iguales motivos que los demás privilegios establecidos en favor de la dote *(g)*.

(d) L. 36, § 2, C. de don. (VIII, 54). Se lee en esta ley: «*pecunias*... præbentibus vel cautionem conficientibus;» de donde Marezoll induce, página 26, que la excepcion se aplica únicamente á las donaciones en dinero. Creo que la ley designa el dinero ó un valor cualquiera, y que su fin es declarar exenta de la insinuacion la promesa, de igual manera que la tradicion. La ley habla de *pecuniæ*, porque, en el caso que cita, la donacion se hace ordinariamente en dinero.

(e) L. 36, pr. C. de don. (VIII, 54). En ella se lee tambien: «*pecunias* dederit, sive per cautionem dare promiserit;» y tambien Marezol se funda en este texto para afirmar, pág. 25, que, en este caso, la exencion se limita á las donaciones en dinero. Por los mismos motivos expresados en la nota *d*, creo, por mi parte, que no tiene fundamento esta exencion; y añado además que ha sido explícitamente declarada por la L. 34, pr. C. eod. sin mencion alguna de un objeto determinado.

(f) L. 36, § 1, C. de don. (VIII, 54): «donationes rerum mobilium vel sese moventium.» Esta designacion del objeto presenta evidentemente un sentido restrictivo.

(g) L. 31, pr., C. de j. dot. (V, 12). Véase § 157, *s*. Esta exencion se aplicaba tambien, primeramente, á la *donatio propter nuptias*, Nov. 119, C. 1. Más tarde se derogó para el caso en que el marido quisiera ejercitar las acciones dotales con arreglo á su contrato de matrimonio. La insinuacion es en este caso una formalidad especial distinta de la prescrita para las donaciones, pues la constitucion de una *donatio propter nuptias* por

Ocupémonos ahora de algunas otras exenciones que han solido ser consideradas como tales, pero que es preciso rechazar como no fundadas. Así sucedė, por ejemplo, con la exencion de que hablan varios autores respecto á las donaciones remuneratorias; pues éstas se encuentran sometidas á las reglas ordinarias de insinuacion, salvo la recompensa otorgada al que nos ha salvado la vida; pero esta recompensa no es considerada como donacion (§ 153). De igual manera, la donacion por una *pia causa* estaba otras veces exenta de insinuacion, en cuanto no excediese de la suma de 500 *solidi (h)*; pues como quiera que este límite ha llegado á ser la regla general, esta exencion resulta completamente inútil. Tampoco puede admitirse como excepcion la confirmacion de la donacion por la muerte del donante, aplicada á las donaciones entre esposos por el senado-consulto del año 206 (§ 164), porque se funda en una prescripcion especial que no puede extenderse arbitrariamente, una vez que ha sido exclusivamente establecida por las donaciones entre esposos y además, porque Justiniano ha decidido que ninguna donacion, ni aún la verificadada entre esposos que exceda de 500 *solidi*, pueda ser confirmada por la muerte del donante, sino cuando han sido insinuadas *(i)*; de manera que la muerte del donante no puede en ningun caso suplir la falta de insinuacion. Respecto á este punto la legislacion nueva sobre la insinuacion, es más rigurosa que la L. Cincia, la cual admitía la confirmacion por la muerte (§ 165, *f*), mientras que, segun las nuevas disposiciones, los herederos del donante pueden excepcionar el defecto de insinuacion.

Comparando ahora las reglas sobre la prohibicion entre esposos y las referentes á la necesidad de la insinuacion, se obtienen los resultados siguientes: ordinariamente, toda donacion cuyo valor exceda de 500 *solidi*, es nula á falta de insinuacion. Entre esposos, tanto las inferiores á 500 *solidi* como las que exceden de esta suma, son nulas aunque hayan sido insinuadas; pero esta restriccion impuesta á los es-

---

el marido á favor de la mujer no es una donacion verdadera, como no lo es tampoco la dote llevada por la mujer al marido.

(h) L. 19, C. de Ss. eccl. (I, 2); L. 34, pr., § I, C. de don. (VIII, 54).

(i) L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16).

posos, cesa de tener efecto cuando el donante muere durante el matrimonio sin haber expresado un cambio de voluntad *(k)*.

§ CLXVIII.—*Donacion.—Restricciones. 3 Revocacion por causas determinadas.*

Para comprender con entera claridad la especial naturaleza de la revocacion de las donaciones, necesario es tomar como términos de comparacion otras relaciones de derecho.

El que trasfiere á otro una cosa con un fin distinto del de la donacion *(ob causam)*, puede, por regla general, recobrar la cosa entregada, si la *causa* resultare falsa. Puede tambien conseguirlo en diferentes casos excepcionales aunque no haya mediado error; así, en los contratos innominados, permite el derecho romano recobrar la cosa, desde el momento en que la parte se arrepiente de haberla entregado. En estos diferentes casos se ejercitan *condictiones*, que no pueden aplicarse á la donacion *(a)*, porque ésta no tiene otro fin jurídico que la donacion misma, de modo que la dacion *ob causam* contrasta notablemente con la dacion á título de donacion.

La revocacion en materia de donaciones, puede tener lugar por los motivos siguientes: Primero, si ha sido formalmente estipulada, contrato accesorio que reviste el carácter de un *modus* (§ 175, *d)*. Segundo, cuando la donacion es nula, segun el derecho positivo, es decir, si se ha verificado entre esposos ó carece de insinuacion. En estos casos la revocacion se ejercita por medio de la reivindicacion ó por medio de la *condictio* (§ 163, 167).

Independientemente de estos motivos que tienen carácter de generalidad, encontramos tambien causas especiales de revocacion; pero éstas se refieren á donaciones válidas en sí, y por consiguiente tienen por su naturaleza el carác-

---

(k) De este modo se considera el asunto en la L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16).

(a) L. 3, 4, de revocandis, don. (VIII, 56); L. 6, 7, C. de cond. ob causam, (IV, 6).

ter de una excepcion. Hé aquí porque las comprendo bajo la designacion de causas determinadas de revocacion *(b)*.

Dos clases principales de revocacion podemos señalar dentro de este sentido: una la que ejercita un tercero, cuyos derechos aparecen lesionados, y se dirige, por tanto, contra la voluntad del donante; otra la que ejercita el donante mismo por consecuencia de un cambio de su voluntad.

La revocacion ejercitada por un tercero se presenta en dos casos, á saber: el de la *inofficiosa donatio* y el de la *Pauliana actio*.

Cuando los parientes próximos ven perjudicada su legítima por las donaciones, pueden, para hacerla completar, obtener una revocacion parcial de estas donaciones *(c)*. La exposicion detallada de esta relacion de derecho no tiene aquí su lugar oportuno, sino en la parte del tratado donde examine el derecho de sucesion en sus relaciones con la legítima.

Cuando por consecuencia de las donaciones un deudor se hace, con fraude, insolvente ó aumenta su insolvencia, los acreedores pueden hacer anular las donaciones, aunque los donatarios ignoren el fraude del donante *(d)*. La exposi-

---

(b) Las fuentes especiales son: Cod. Th., VIII, 13; Cod. Just., VIII, 56. —Donelo, Lib. XIV, C. 26-32, ha tratado este asunto con muchos detalles.

(c) Fragm. Vat., § 270, 271, 280, 281; C. Th., II, 20; C. Just., III, 29. Franke Notherbenrecht, § 42, 43, 44. Podría creerse que, la L. 5, C. título citado, en caso de sobrevenir nacimiento de hijos, el mismo donante tendría derecho á reclamar una parte de la donacion con el fin de restablecer de antemano la integridad de la legítima; pero los principios establecidos por Donelo, XIX, 11, § 21-22, refutan victoriosamente esta doctrina. En efecto, hasta ln muerte del donante se ignora si estos hijos le habran de sobrevivir, y por consiguiente, si sufrirán perjuicio con la donacion. Es verdad, que segun el texto citado, el donante mismo se había dirigido á los emperadores y que éstos contestan: «id quod... liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum... *ad patrimonium tuum revertetur*;» pero estas palabras pueden tambien aplicarse á la reclamacion de los hijos despues de la muerte del padre, y no tener otro objeto que dar seguridades á este último respecto á la suerte futura de sus hijos. *Ad patrimonium tuum* sería entónces sinónimo de *ad hereditatem tuam*. Franke, pág. 517-519, sostiene la opinion contraria, y se funda principalmente en la necesidad eventual de acudir al sostenimiento de un *póstumo*. Pero este argumento sale del dominio de la *inofficiositas* y nos lleva á la revocacion por causa de nacimiento posterior de hijos, revocacion que tiene condiciones y motivos muy diferentes. (Notas *g*, *h*).

(d) En el caso en que el donatario está en connivencia, con el donan-

cion detallada de este principio tampoco es de este lugar, pues se refiere á la teoría de la insolvencia del deudor.

La revocacion ejercitada por el donante se presenta de igual modo en dos casos *(e)*, que son, el del nacimiento posterior de hijos y el de la ingratitud del donatario, de los cuales sólo el último subsiste en el derecho actual.

Hé aquí el orígen de la revocacion por causa de haber sobrevenido hijos. El patrono que hacía una donacion á su liberto tuvo largo tiempo el derecho de revocarla arbitrariamente. Se estimaba qué el patrono era completamente libre para juzgar la conducta del emancipado, en lo cual ningun juez podía intervenir; y éste derecho absoluto de revocacion no terminaba hasta la muerte del patrono *(f)*. Más tarde se restringió esta facultad ilimitada y la revocacinn sólo fué permitida en dos casos, á saber, el de posterior nacimiento de hijos y el de ingratitud probada. La revocacion por haber sobrevenido hijos, expuesta en una constitucion de Constancio del año 355 *(g)*, no tiene para nosotros más que un interés histórico, por más que tal afirmacion haya sido contradicha por vários autores, los cuales pretenden que este derecho de revocacion se aplicaba á todas las donaciones en general, y no solamente á las donaciones hechas por el patrono; fundándose en que los rescriptos del Código mencionan frecuentemente circunstancias especia-

---

te, no hay que averiguar si resulta enriquecido; en realidad, la donacion en sí, no es motivo de revocacion, sino cuando el donatario ignora la posicion del donante. V. § 145, *d*. Varios autores colocan al misma nivel la *actio Faviana*, pero es un error, porque no suponiendo esta accion ni beneficio ni connivencia, la donacion no produce ningun efecto especial y en nada se distingue de las demás clases de enajenacion. V. § 145, *g*.

(*e*) Podría tambien añadirse la revocacion de los presentes hechos por un futuro esposo en los casos en que el matrimonio no haya tenido lugar; pero entónces el verdadero motivo de la revocacion consiste en que se considera la donacion como *datum ob causam (non secutam)*. Véase § 162, *i*.

(*f*) Fragm. Vot. § 272, 213. Nada de comun tiene este principio con una regla al parecer semejante que declara confirmada por la muerte del padre la donacion hecha por éste á su hijo *in potestate* (Fragm. Vat. § 274, 277, 278, 281; L. 25, C. de don. int. vir., V, 16), porque esta regla se funda, no sobre un derecho especial de revocacion perteneciente al padre, sino sobre la nulidad natural de semejante donacion, que solamente puede ser convalidada por un acto (aunque tácito), de última voluntad.

(*g*) L. 3, C. Th. de revoc. don. (VIII, 13); L, 8. C. Just. eod. (VIII, 56).

lísimas que, sin embargo, no consideramos como condiciones esenciales de la regla contenida en el rescripto. Pero esta observacion justa en sí, no podría aplicarse á la constitucion imperial de Constancio que no es un rescripto, sino un edicto; y el derecho de revocacion, que es siempre una excepcion á la regla, el edicto lo concede al patrono en el caso único de sobrevenir hijos *(h)*. Tal es el sentido de la constitucion si se la examina en sí misma é imparcialmente; pero resulta aún más claro todavía cuando se tiene en cuenta el encadenamiento histórico de que he indicado en vista del cual este derecho del patrono, reconocido por el Código, nos aparece solamente como un resto de un derecho otras veces ilimitado, y, por tanto, no tenemos motivo alguno para extenderlo á otras personas.

La revocacion por causa de ingratitud tuvo los desenvolvimientos siguientes: Primero existía en las donaciones del patrono, pero como simple consecuencia de su ilimitado derecho de revocacion (nota *f*); despues se exigió la prueba de la ingratitud, condicion que limitó en gran manera el derecho del patrono (1), y así restringido parece haberse extendido en seguida á las donaciones de padres á hijos (*k*); por último, Justiniano exigió la revocacion por causa de ingratitud en regla general, en donde vinieron á confundirse

---

(*h*) Este error ha sido sábiamente refutado por J. Godofredo, in l. cit. Cod. Th., por más que los fragmentos del Vaticano no eran todavía conocidos.—A la verdad, los prácticos sostienen la opinion contraria, Lauterbach, XXXIX, 5, § 53-57; pero no pudiendo ellos mismos admitir la revocacion de las donaciones de poco valor se ven forzados á remitirse enteramente á la prudencia del Juez. En este punto la revocacion de la *inofficiosa donatio* (nota *c*), basta para las necesidades reales de la práctica, porque esta revocacion se aplica tambien evidentemente al caso del nacimiento de hijos. L. 5. C. de inoff. don. (III, 29).

(*i*) Esta modificacion se hace notar principalmente, cuando se compara el rescripto del emperador Filipo, tal como existe en la L. 1, C. de rev. don. (VIII, 56), con la redaccion original, que nos dan los fragm. Vat., § 272.—Ne podría determinarse á que fase del desenvolvimiento de esta institucion se refiere el § 275 de los Fragm. Vat. Sobre el establecimiento de este texto y sobre su significacion han sido sostenidas opiniones muy contradictorias por Hasse, Rhein. Museum, I, 229; Unterholzner, id. III, 153; Bucholtz, ad § 275 citado.

(*k*) L. 31, § 1, de don. (XXXIX, 5); L. 7, C. de revoc. d. (VIII, 56), (esta es la L. 1, C. Th. eod.): L. 9, C. eod. (esta es la L. 6, C. Th, eod.); L. 2, 4, C. Th, (VIII, 13).—En los textos del Digesto citados; la mencion de la revocacion podría muy bien haber sido una interpolacion. Las po-

las prescripciones especiales á los padres y á los patronos *(l)*.

§ CLXIX.—V. *Donacion.—Restricciones.* 3. *Revocacion por causas determinadas* (Continuacion).

La revocacion por causa de ingratitud difiere principalmente de las restricciones de que he hablado más arriba (§ 162-167), en que en ella no se trata de la nulidad del acto, sino de un derecho personal del donante á la restitucion de la cosa donada. Así es que, para este efecto, no puede ejercitarse la reivindicacion sino solamente una accion personal. Ésta, en la donacion entre esposos y en la revocacion por falta de insinuacion, consiste en la *condictio sine causa* ó *ex injusta causa* (§ 163, *h*), porque en ambos casos la *donationis causa* se halla en contradiccion con una regla absoluta del derecho positivo; pero semejante contradiccion no existe en este punto, y el donante tiene sólo la facultad de atacar la donacion, la cual es válida entre sí. Doneau pretende que toda donacion contiene la condicion tácita de que el donatario no será ingrato, y la violacion de este pacto entraña la *condictio ob causam datorum (a)*, suposicion forzada y arbitraria, pues nadie, en el momento de la donacion, prevee el caso de ingratitud, y porque con semejantes temores no sería ciertamente la donacion la forma que escogería para asegurarse contra ella. Es evidente, por el contrario, que esta especie de revocacion no puede hacerse derivar de la naturaleza de la donacion, y que no podríamos admitir la accion pára conseguirla si Justiniano no la hubiera establecido por una ley expresa; así es que no dudo en calificar esta accion de *condictio ex lege*.

Esta accion pertenece únicamente al donante y no á sus herederos *(b)*, si bien no ha de tomarse este principio al pié de la letra, lo cual daría por resultado que el donante no

---

cas palabras que se han conservado de los Fragm. Vat., § 254, no nos dan sobre este punto enseñanza alguna.

(l) L. 10, C. de revoc. don (VIII, 56).

(a) Donelo, XIV, § 7, 14.

(b L. 10, C. de revoc. don. (VIII, 56).

podría trasmitir su accion sino cuando hubiese comenzado á ejercitarla; antes por el contrario, basta la intencion sola de revocarla, y únicamente se niega la accion cuando el donante muere sin haber expresado en manera alguna la modificacion de su voluntad. La analogía de este caso con la donacion entre esposos, que se confirma igualmente por la muerte (§ 164), viene en apoyo de esta interpretacion y los términos de la ley muestran claramente que esta analogía se aviene perfectamente con su espíritu *(c)*.

De igual manera la accion se ejercita exclusivamente contra el donatario, no contra sus herederos, es decir, que el donante debe haber manifestado el cambio de voluntad ántes de la muerte del donatario. Este principio se expresa formalmente respecto á las donaciones de la madre á sus hijos, y por consiguiente, se halla fuera de toda controversia *(d)*; y es probable que la misma restriccion se aplicara á los demás casos, puesto que nada indica que se haya querido establecer un régimen especial para la madre y, además, la asimilacion resulta claramente de la generalidad de los términos empleados por Justiniano *(e)*.

(c) L. 10, C. cit. «Etenim si ipse, qui hoc passus est, *tacuerit; silentium ejus maneat semper*, et non a posteritate ejus suscitari concedatur, vel adversus eum qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores.» Las expresiones *tacuerit* y *silentium*, no pueden aplicarse al que, sin haber formulado todavía su reclamacion, haya hecho constar su descontento y la intencion de revocar. Esto es lo que hace notar con evidencia Donelo, XIV, 29, § 7-12; pero establece en el § 11, una distincion respecto á la madre donante, con arreglo á estas palabras de la L. 7, C. eod.: «nec in heredem detur nec tribuatur heredi.» Estas palabras, un tanto vagas, deben interpretarse segun los términos de la L. 10 citada que evidentemente no hace distincion alguna respecto á la madre.

(d) L. 7, C. de revoc. don. (VIII, 56), «*nec in heredem detur*, nec tribuatur heredi.»

(e) L. 10, C. cit.: «Hoc tamen *usque ad primas personas tantummodo* stare censemus.» Las *primæ personæ* son el donante y el donatario, á los cuales se limita individualmente la revocacion. Aunque más adelante se encuentra en el texto reproducida la restriccion con relacion á los herederos del donante (nota *c*) esta repeticion en nada contradice la regla general expuesta al principio de la ley. Son admirables los esfuerzos que hace Donelo, XIV, 30, § 1-15, para combatir esta regla, considerando erróneamente como equívoco el texto citado. Pretende apoyarse únicamente en los principios generales; pero éstos están contra su doctrina si se examina la verdadera naturaleza de esta relacion de derecho; en efecto, la revocacion tiene el carácter de una accion penal, y es prin-

La condicion esencial de esta accion es, en general, la ingratitud del donatario; sin embargo, Justiniano enumera cinco casos de ingratitud y ordenó expresamente que la revocacion no pudiera tener lugar fuera de estos casos especiales *(f)*.

1. Injurias graves proferidas de palabra *(g)*.

2. Injurias de hecho contra la persona del donante *(h)*.

3. Una pérdida considerable que no solamente amenace la fortuna del donante, sino que en realidad la haya experimentado *(i)*.

4. Un peligro de muerte ocasionado por el donatario al donante.

5. Negativa por parte del donatario á cumplir las condiciones de la donacion. En realidad en este punto no se necesitaba un derecho especial de revocacion, bastando recurrir á la regla ordinaria de la donacion *sub modo* (§ 175). Así pues, en semejante caso puede el donante elegir entre revocar la donacion por causa de ingratitud ó atenerse á los principios generales; pero entónces cesa de tener lugar la exclusion pronunciada contra los herederos en cuanto á la revocacion por causa de ingratitud *(k)*.

---

cipio inconcuso que las accciones de este género no pueden ejercitarse contra el heredero.

(f) L. 10, C. cit. «Ex his enim tantummodo causis... donationes in eos factas everti concedimus.» Donelo, XIV, 27, § 6-15, habla con detencion de estos diferentes casos.

(g) «ita ut injurias atroces in eum *effundat*.»

(h) «Vel manus impias *inferat*.» Ambos casos están evidentemente constituidos por las palabras y las acciones injuriosas. La apreciacion de la gravedad de la injuria se deja á la prudencia del juez que debe naturalmente tomar en consideracion la posicion respectiva de las partes. Las palabras que en boca de un hijo son para el padre *injuriæ atroces*, pueden no tener este carácter si se dirigen por un superior á un subordinado.

(i) La importancia de la pérdida que haya de extimarse como motivo bastante para la revocacion se deja tambien al criterio del juez. Donelo L. c., § 10, pretende que la pérdida debe ser al ménos de la tercera parte de los bienes, porque en derecho romano este es el mínimun de la pena que puede resultar, en cuanto á los bienes, de un judicium publicum. Esta suposicion es enteramente arbitraria.

(k) Este asunto lo desenvuelve con gran extension Donelo, XIV, 27, § 12-15, y XIV, 30, § 16, 17.—Mühlenbruch, § 443, nota 8, 4.ª ed, presenta sobre este punto dos dudas, nada fundadas, porque existen muchos otros casos en que el demandante puede escoger entre varias acciones de naturaleza y efectos diferentes.

¿Existen excepciones á la accion en restitucion á pesar de la existencia de la primera de las condiciones arriba enumeradas? Pudiera creerse que hay excepcion cuando en el acto de la donacion misma el donante haya renunciado á la revocacion; pero semejante cláusula debe considerarse como no escrita, por que eludiría una ley que castiga la inmoralidad *(l)*. Varios autores han querido exceptuar de la revocacion las donaciones remuneratorias. Ciertamente, si fundamos, como Doneau, la revocacion en un contrato tácito estipulado para lo futuro (nota *u*), se podría asentir á esta opinion, pues en semejante circunstancia, el donante tiene en vista más bien el pasado que el porvenir; pero si, descartando este órden de ideas, se reconoce que jurídicamente las donaciones remuneratorias no difieren en manera alguna de las otras donaciones, debe rechazarse la excepcion (§ 153 a b). Existe, sin embargo, una excepcion verdadera conservada en parte por el derecho actual. La madre que, despues de haber hecho una donacion á sus hijos, contrae un segundo matrimonio ó lleva una conducta escandalosa, era excluida del derecho de revocacion (*m*); ahora bien, respecto á este último caso, la ley subsiste hoy, pues Justiniano no ha modificado nada; pero respecto al primero introdujo las modificaciones más arbitrarias. La madre donante que pasa á segundes nupcias no pierde el derecho de revocacion sino cuando se ha sometido á condiciones diferentes á las ordinarias *(n)*. El caso de injurias verbales ha desaparecido; se han conservado el de las vías de hecho y el del peligro de muerte; la pérdida ocasionada en los bienes se ha sustituido por empresas peligrosas que afecten á la fortuna entera (*o*); por último, la negativa de

---

(*l*) Por analogía con la L. 27. § 4, de pactis (II, 14), que declara nulas las convenciones *ne furti agam, vel injuriarum. si feceris, ó ne experiar interdicto unde vi.* Semejantes convenciones, dice este texto, *turpem causam continent*, y ciertamente en el mismo caso se encontraría el contrato que tuviese por objeto libertar á la ingratitud de la pena pronunciada por la ley. Véase tambien L. 1, § 7, depositi (XVI, 3) y L. 23, de R. J. (L. 17).

(*m*) L. 7, C. de revoc. don. (VIII, 56).

(*n*) Nov. XXII, C. 35, Auth. *Quod mater.* C. de revoc. don. (VIII, 56).

(*o*) Segun Donelo, XIV, 27, § 24, la extension aquí establecida (de la pérdida real al simple peligro) debe aplicarse con mayor razon á la madre que no contrae segundas nupcias y al padre donante; y es evidente

cumplir las condiciones de la donacion no se encuentra mencionada; pero es del todo indiferente, porque en semejante caso existían ya otras acciones que no le serían rehusadas y producían el mismo resultado *(p)*.

Síguese ahora determinar los efectos de la revocacion por causa de ingratitud.

Cuando la cosa donada existe todavía naturalmente, su restitucion no es dudosa. Si se ha cambiado por otra cuyo valor haya venido á aumentar los bienes del donatario, puede ser reclamado este valor (§ 149-151). ¿Pero y si el donatario ha disipado ó donado á su vez la cosa recibida? Entónces está dispensado de toda restitucion por motivos aún más perentorios que tratándose de una donacion entre esposos. En efecto, el esposo donatario sabe siempre que la cosa donada no le pertenece, y cuando dispone de ella puede únicamente creer, y este es el caso más ordinario, que lo hace con el consentimiento de su dueño; miéntras que, en el otro caso, el donatario tenía la propiedad de la cosa y al enajenarla verificaba un acto legítimo é irreprochable. Sin duda esta enajenacion cambiaba de carácter cuando era posterior al acto de la ingratitud; pues el donatario debía esperar la revocacion; así, pues, cuando á pesar de ésto enajena la cosa, podía decirse de él: *dolo fecit quo minus restitueret (q)*. Aún la enajenacion anterior al acto de la ingratitud no sería ménos fraudulenta si se pudiera probar que, en la época en que se enajenaba, se había resuelto llevar á cabo el acto de ingratitud.

Estas reglas, sacadas de la naturaleza general de la relacion de derecho que la donacion implica, y combinadas con las prescripciones relativas á las donaciones entre esposos, se encuentran en algun modo confirmadas por el texto siguiente, relativo á las donaciones de la madre *(r)*: «Ce-

---

que á ménos que no se tache de inconsecuente á Justiniano, es preciso admitir esta doctrina. Pero, cuando se trata de prescripciones tan arbitrarias, no se puede razonar por vía de consecuencia con tanta seguridad como cuando se trata de otras reglas de derecho.

(p) Donelo, XIV, 28, § 9.

(q) Esto resulta de la evidente analogía que presenta el *beneficium competentiæ* rehusado generalmente al que «dolo facit quo minus facere possit.» L. 63, § 7; L. 68, § 1, pro socio (XVII, 2).

(r) L. 7, C. de revoc. don. (VIII, 56).

terum ea, quæ adhuc matre pacifica jura perfecta sunt, et ante in cohatum cæptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, ceterisque causis legitimé alienata: minimé revocamus. Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum: nec in heredem detur, nec tribuatur heredi.»

Hé aquí el sentido de este texto. Cuando la cosa donada se ha enajenado válidamente con anterioridad al acto de la ingratitud, la madre donante no tiene accion alguna contra el tercer poseedor, es decir, que no tiene ninguna *im rem actio*. La accion que le compete es de tal manera personal, que no puede ser ejercitada ni por los herederos de la donante ni contra los herederos del donatario; sólo cuando se dirije contra el donatario mismo, que se encuentra todavía en posesion, produce el mismo efecto que la reivindicacion, ésto es, la restitucion de la cosa. Pero al rehusar toda acaccion contra los terceros poseedores este texto no prohibe en manera alguna la *condictio* contra el donatario para reclamar el importe de la utilidad ó enriquecimiento que la venta haya producido *(s)*.

En cuanto á los frutos de la cosa donada, deben aplicarse las mismas reglas que respecto á los frutos de las donaciones entre esposos (§ 147).

Puede, por último, preguntarse si los terceros que figuran en la donacion están comprometidos por la revocacion por causa de ingratitud. De esta cuestion trato, bajo todos sus aspectos, en el apéndice X.

(s) Donelo considera esta cuestion bajo un punto de vista muy exclusivo: sienta como principio que el donatario debe, en todos los casos, restituir el valor de la cosa enajenada, haya sido ó no, enriquecido con la donacion. Evidentemente esto es tratarlo con demasiado rigor. Exceptúa solamente de la regla la donacion hecha por la madre, á la cual niega toda accion cuando la cosa ha sido enajenada, cualquiera que haya sido para el donatario el resultado de la enajenacion. Aquí, por el contrario, establece una regla que perjudicaría sin motivo alguno á la madre donante. En apoyo de la primera proposicion, Donelo no alega más que lugares comunes; en apoyo de la segunda supone gratuitamente que las palabras de la L. 7 cit., *Ceterum ea quæ* etc., se aplican únicameate á la accion contra el donatario, no contra el tercer detentador; pero la continuacion del texto (*ita* personalem) manifiesta el verdadero sentido de la frase precedente, la cual refuta la opinion de los que creyesen que la accion podía ser dirigida *in rem*.

§ CLXX.—V.—*Donacion.—Especies particulares.*—I. *Donacion por causa de muerte.*

He dicho ya en otro lugar que las donaciones que resultan de un contrato pueden, por lo general; estar sometidas á condiciones y principalmente á esta condicion especial que constituye la donacion por causa de muerte ó *mortis causa donatio*. Trátase ahora de estudiarla bajo todas sus fases *(a)*.

Esta especie de donacion, condicional por su fin y sus resultados, tiene con los legados una afinidad que constituye su carácter distintivo. Así, ha sido sucesivamente sometida á diversas reglas establecidas para los legados, sin perder por esto nada de su naturaleza dominante, pues siempre queda comprendida, como especie, en la definicion de la donacion *(b)*.

Generalmente se hace en vista de un peligro de muerte presente y determinado, tal como una enfermedad, una expedicion militar, un viaje más allá de los mares; de manera que se anula por sí misma si el donante sobrevive al peligro *(c)*. Esta circunstancia, sin embargo, no es indispensable, porque puede muy bien no considerarse la muerte sino como el término de la vida, inevitablemente fijado por la naturaleza *(d)*.

(a) Las fuentes especiales son: § 1, J. de don. (II, 7): Dig. XXXIX, 6; Cod. VIII, 57; Paulo, III, 7.—Los autores son: Haubold, opusc. I, 489 (y Wenck, præf., pág. XXXVI y sig).—Müller, Natur der Schenkung auf den Todesfall, Gieszen, 1827.—Schröter, en Lindè's Zeitschrift für Civilrecht und Prozesz, II. pág. 97 y sig.—Hasse, Rhein. Museum, II, 300 y sig., III, 1 y sig., y 371 y sig.—Wiederhold, en Lindes Zeitschrift, XV, número IV, pág. 96 y sig.

(b) Pr. J. de don. (II, 7): «Donationem autem duo genera sunt, mortis causa et non mortis causa.» L. 67, § 1, de V. S. (L. 16): «Donationis verbum, simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur sive mortis causa, sive non mortis causa.» De aquí resulta el importante principio de que toda prescripcion sobre la *donatio* en general debe aplicarse tambien á la *mortis causa donatio* á ménos que al verificarla no se establezca una restriccion. Los romanos llamaban *vera y absoluta* la *non mortis causa donatio*, L. 35. § 2; L. 42, § 1. de m. c. don. (XXXIX, 6) y tambien *inter vivos*, L. 25, pr. de inoff. test. (V, 2).

(c) L. 3-6, L. 8, § 1, de m. c. donatio (XXXIX, 6), § 1, J. de don. (II, 7); Paulo, III, 7.

(d) L. 2, de m. c. don. (XXXIX, 6) (en el primero de los tres casos enumerados en esta ley), L. 31, § 2, in f.; L. 35, § 4, eod.

En uno y otro caso, el donante se reserva ordinariamente el derecho absoluto de revocar la donacion, hasta el momento de su muerte *(e)*; pero esta cláusula nada tiene de esencial y se puede renunciar expresamente el derecho de revocacion *(f)*.

Queda pues, como única condicion general para la validez de la donacion, que la muerte del donatario sea anterior, ó por lo ménos no sea posterior *(g)* á la muerte del donante *(h)*. Este principio general está sometido á las modificaciones siguientes: 1.° Derecho de revocacion que se implique por sí mismo, ó renuncia de este derecho; 2.° caso de muerte por consecuencia de un peligro determinado y presente ó considerado en general como el término asignado á la vida del hombre. Estas modificaciones pueden limitar la condicion de validez y multiplicar los casos en que la donacion quede sin efecto. El pensamiento que preside á estas donaciones puede resumirse de la siguiente manera; al disponer el donante de su cosa prefiere al donatario ántes que á su heredero, pero se prefiere á sí mismo ántes que al donatario *(i)*.

(*e*) L. 16, 30, de m. c. don. (XXXIX, 6), § 1, J. de don. (II, 7); Paulo, III, 7. Esta reserva se implica por sí misma y no hay necesidad de declararla.

(*f*) L. 13, § 1; L. 35, § 4, de m. c. don. (XXXIX, 6), Nov. 87, pr., C. 1. Las fórmulas en uso referidas en la ley 35 cit., no son todas relativas á casos diferentes; varios de ellos tienen la misma significacion. Las L. 27 y 35, § 2, de m. c. don., ofrecen una aparente contradiccion cuando deciden que esta especie de donacion no admite la cláusula: *ut nullo caso revocatur*, pues de esta manera resultaria tambien excluida la donacion en caso de predefuncion del donatario, exclusion que es incompatible con la *m. c. donatio*; pero se le puede añadir esta cláusula, *ut ex arbitrio donatoris* non revocetur.

(*g*) L. 26, de m. c. don. (XXXIX, 16). Así, pues, rigurosamonte sería preciso decir que se exige, no la supervivencia del donatario, sino la no supervivencia del donante.

(*h*) Esta condicion es tan esencial que su cumplimiento se declara indispensable para la perfeccion de la donacion. L. 32, de m. c. don. (XXXIX, 6). Es preciso además que el donante tenga en el momento de su muerte la capacidad de disponer de sus bienes. Así, una pena capital anula la donacion, por consecuencia de la confiscacion general. L. 7, de m. c. don. (XXXIX, 6); L. 32, § 7, de don. int. vir. (XXIV, 1).—Se han suscitado muchas discusiones inútiles sobre la cuestion de saber si en ciertos casos hay m. c. *donatio* ó donacion ordinaria. No se pueden establecer sobre este punto reglas generales; todo depende de las circunstancias particulares de cada caso. Este punto ha sido examinado en la disertacion de Haubolt (nota *a*).

(*i*) Esta antigua forma (vulgo dicitur) se encuentra citada en la L. 1,

Encontrándose subordinadas una á otra, la muerte del donante y la del donatario, necesario es tener en cuenta las particularidades siguientes. Si el donatario está bajo el poder de otro, el donante puede subordinar la existencia de la donacion á la supervivencia, ya del donatario inmediatamente, ya del padre ó del señor *(k)*. En cuanto al donante, suele algunas veces hacer depender la validez de la donacion, no de su propia muerte, sino de la muerte de un tercero; pero semejante acto sólo el nombre tiene de comun con la donacion por causa de muerte, pues es completamente extraño á la institucion especial que nos ocupa *(l)*.

Puede considerarse la donacion por causa de muerte como un contrato mixto, no en el sentido expuesto más arriba (§ 154 de una donacion mezclada con una obligacion onerosa, sino el en sentido de que, segun el resultado del acontecimiento al cual se somete la donacion, pueda ésta resolverse en una obligacion pura y simple, como sucede en los casos más frecuentes, á saber: cuando el donatario ha sido puesto inmediatamente en posesion de la cosa donada. El objeto de la obligacion es entónces la restitucion de esta cosa *(m)*. En cuanto á las condiciones resolutorias que producen este resultado, desde luego puede afirmarse que la donacion se anula siempre por la supervivencia del donante; el mismo efecto produce la supervivencia á un peligro determinado y presente, al cual se sometió la dona-

---

pr., L. 35, § 2, de m. c. don. (XXXIX, 6); § 1, J. de don. (II, 7) y parece haber sido empleada en los actos de donacion. Interpretatio in Paulum, II, 23.

(*k*) L. 23; L. 44, de m. c. don. (XXXIX, 6). La donacion subordinada á la supervivencia del donatario era, á lo que parece, el caso más frecuente.

(*l*) Se encuentran casos de este género en la L. 11, L. 18, pr. de m. c. don. (XXXIX, 6). Cramer, dispunct., pág. 72, engañado por la semejanza de las palabras considera estas donaciones como verdaderas *m. c. donationes*, cuando, en realidad no son más que un medio de evadir el régimen de los legados. En efecto, ¿cómo podrían aplicársele la falcidia ó la regla sobre la capacidad? Estos actos no son, pues, más que *donationes inter vivos* ordinarias hechas bajo una condicion especial.

(*m*) L. 35, § 3, de m. c. don. (XXXIX, 6). «Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit: scilicet, ut cum convaluerit, reddatur sibi.» L. 19, pr. de reb. cred. (XII, 1). «...qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligat accipientem, quam si existitisset casus in quem obligatio collata fuisset: veluti si donator convaluisset, aut is qui accipiebat prior decessisset.

cion; por último, la tercera condicion resolutoria es ordinariamente el cambio de voluntad del donante. Para este efecto no se exige ninguna forma especial, y siempre que exista este cambio, cualquiera que sea la forma bajo la cual se manifieste, la donacion se anula, á ménos que el donante no haya renunciado expresamente á su derecho de revocacion.

Trataré ahora de pasar revista á los principales actos jurídicos por medio de los cuales las donaciones se verifican, con el fin de mostrar de qué manera las condiciones expuestas se refieren á cada uno de estos actos.

La forma más ordinaria de efectuarse la donacion por causa de muerte, como cualquiera otra especie de donacion, es la trasmision de la propiedad. En el antiguo derecho podía emplearse á este efecto la mancipacion; pues si bien ésta no podía ser nunca condicional *(n)*, conseguíase el fin que se proponía el donante, añadiendo á la mancipacion pura y simple una obligacion condicional referente á la restitucion de la cosa, ora resultase esta obligacion de la *fiducia,* ora de la estipulacion, ora de una simple declaracion de voluntad, porque ésta sola bastaba para poder despues egercitar la *condictio.* Se podía tambien emplear la tradicion y esta forma, acaso la más usada en el antiguo Derecho *(o)*, es la única admitida por el derecho nuevo. Parece resultar, sin embargo, de un texto de Paulo, que la tradicion no ha sido nunca necesaria, bastando una simple declaracion de voluntad para que la propiedad se trasmitiese *(p)*; pero entónces sería necesario confesar que la tradicion no tendría importancia alguna en esta materia, lo cual sería

(*n*) L. 77, de R. J. (L. 17).

(*o*) Para una *nec mancipi res* esta era la forma más conveniente y usada; pero se aplicaba igualmente á las *mancipe res*, y se empleaba unas veces como simple adicion á la mancipacion, y otras veces sola, en cuyo último caso trasfería una propiedad *in bonis*, que despues de un corto plazo llegaba á ser *ex jure Quiritium* por medio de la usucapion.

(*p*) L. 1, § 2, de public. (VI, 2). (Ul). «Sed cur *traditionis* duntaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multæ sunt juris partes, quibus dominium quis nanciscæretur, ut puta legatum? ¿Viene en seguida la L. 2, eod. de Paulo: «Vel mortis causa donationes factæ? nam amissa possesione, competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.» De estos dos textos resulta evidentemente que la *m. c, donatio* puede verificarse sin tradicion, trasferir la propiedad como el legado, y de igual modo que este dar lugar á la *Publiciana* en caso de perder la posesion.

arbitrario cuando numerosos textos nos la representan como la forma ordinaria de la donacion por cáusa de muerte, y además tratan con gran cuidado de determinar sus efectos, segun las diversas circunstancias que pueden ocurrir; por último, y este argumento es incontestable, ¿cómo Justiniano al atribuir una accion al simple pacto hubiera creido establecer una innovacion importante, si en virtud de él hubiera tenido siempre la propiedad, y áun el derecho, de reivindicacion? El texto de Paulo se refiere indudablemente á un caso particular en que la donacion se había efectuado por la mancipacion, y por consiguiente sin tradicion alguna, y en que el donatario, despues de la muerte del donante, había tomado por sí solo, en virtud de aquel título, posesion de la cosa *(q)*. En cuyo caso ciertamente podía afirmarse que había llegado á ser, sin tradicion, propietario de la cosa, y que si por acaso el donante no hubiera tenido la propiedad, podía el donatario aprovecharse de la usucapion, y por consiguiente de la *Publiciana*. Por lo demás, la insercion de este texto en el Digesto es ciertamente una inadvertencia, porque no tiene explicacion satisfactoria sino con arreglo á los principios del antiguo derecho *(r)*.

La tradicion puede verificarse con diferentes propósitos. El donante puede querer transmitir la propiedad inmediatamente, de manera que haya de recobrarla, en virtud de la condicion resolutoria de que el donatario muera ántes que él. Puede, por el contrario, querer trasmitir la propiedad en virtud de una condicion suspensiva, en cuyo caso el donatario no obtiene la propiedad hasta la muerte del donante *(s)*.

(q) En cuyo caso no se le puede desposeer en virtud del interdicto *quod legatorum*. L. 1, § 5, quod leg. (XLIII, 3). En el caso particular que esta ley expresa el legatario se había puesto él mismo en posesion, pero con el consentimiento del heredero. L. 1, § 11, eod. Este consentimiento no convierte en tradicion la toma de posesion, miéntras que ésta no la haya tomado el heredero mismo. Por lo demás, Ulpiano tuvo presente sin duda un *vindicationis legatum*, que es el único que figura entre las *juris partes quibus dominium quis nanciscitur*. Evidentemente el *vindicationis legatum* supone, para ser perfectamente regular, la propiedad romana del testador. (Ulpiano XXIV, 7); pero á falta de esta propiedad, podía fundar siempre una *usucapio pro legato*, y dar tambien orígen á la *Publiciana*.

(r) Hasse, Rhein. Museum, II, 348, no considera enteramente este asunto bajo el mismo punto de vista; pero llega al mismo resultado.

(s) L. 2; L. 29, de m. c. don. (XXXIX, 6).

El primer modo es el más sencillo y natural, y así es que se le admite en caso de incertidumbre, cuando el donante no ha designado claramente el segundo; presuncion que se halla confirmada por su analogía con otras instituciones *(t)*, y principalmente por la manera de considerarse entre esposos semejante tradicion, por causa de muerte. En efecto, como la prohibicion se opone á la transmision inmediata de la propiedad *(u)*, la condicion suspensiva es la única que puede admitirse entre esposos; pero á falta de la trasmision inmediata, puede el donante prescribir que la condicion suspensiva realizada por su muerte tenga un efecto retroactivo, es decir, que se relacione con el momento de la tradicion, siendo en su consecuencia apreciadas todas las modificaciones sobrevenidas en el intervalo desde la tradicion hasta la muerte *(v)*. Y no se necesita expresar esta disposicion, pues se implica por sí misma *(w)*, siendo la voluntad contraria la que debe ser expresamente manifestada. Ahora bien, la *mortis causa donatio* con efecto retroactivo equivale, entre esposos, á la tradicion, la cual transfiere inmediata la propiedad entre otras personas.

Citaré todavía en apoyo de lo que precede el principio in-

(t) Hasse, Rhein. Museum, II, 328.—Citaré tambien las expresiones de la ley 15, in. f., de manum. (XL, 1) que considera la tradicion con condicion suspensiva como una forma particular y ménos usada de la *m. c. donatio*.

(u) L. 11, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1): «Sed interim res non statim fiunt ejus cui donatæ sunt, sed tunc demum cum mors insecuta est: medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit.»

(v) L. 11, § 1, de don. int, vir. (XXIV). Sed quod dicitur, mortis causa donationem inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum Julianum, quœ hoc animo fit ut tunc res fiat uxoris vel mariti cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio.» (Es decir, no solamente la donacion que, áun entre extraños, se hubiera verificado sin intencion de diferir la transmision de la propiedad, sino cualquiera otra donacion ordinaria hecha sin semejante intencion.) Seguidamente examina Ulpiano el primer caso y sus consecuencias: «Quando itaque *non retro agatur* donatio» en los §, desde el 2 al 9. Al final del § 9 vuelve sobre el 2.° caso, el de la donacion hecha sin intencion de diferir la trasmision de la propiedad: «Plane in quibus casibus placeat *retro agi donationem*, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.»

(w) L. 40 de m. c. don. (XXXIX, 6). «Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta *reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset*. Así es que la L. 20, de don. int. vir. (XXIV, 1) no supone ninguna condicion especial espresada, sino solamente una *m. c. donatio* ordinaria, y, sin embargo, admite el efecto retroactivo. La

contestable de que la donacion por causa de muerte, en el caso en que el donante no sea propietario, sirve de base para la usucapion *(x)*; lo cual prueba evidentemente que la intencion del donante ha sido trasmitir inmediatamente la propiedad. De igual manera, cuando la donacion por causa de muerte tenía por objeto un esclavo *(y)*, el donatario podía emanciparle; facultad que supone tambien que el donatario estaba ya investido de la propiedad perfecta.

La estipulacion servía tambien para realizar una donacion por causa de muerte y se verificaba prometiendo el donante una cosa, que ordinariamente era una suma de dinero, *mortis causa*, es decir, para el caso de su propia muerte. La validez de una estipulacion de esta especie *(z)* era indudable, sin embargo de que ofrecía la particularidad de que sólo tenía efecto contra los herederos, y las estipulaciones de este género (*post mortem meam*) se consideraban nulas por los jurisconsultos romanos. La explicacion de esta particularidad es la siguiente; el donante prometía constituirse deudor en el último momento de su vida (*cum moriar*), en cuyo caso, como en otros semejantes (§ 125, *e*, 126, *m*), sabemos que esta obligacion era válida (*aa*).

L. 25, de don. int. vír. (V, 16) dice expresamente que todas las donaciones entre esposos se confirman por la muerte, lo cual comprende tambien la *m. c. donatio*.

(x) L. 13, pr.; L. 33, de m. c. don. (XXXIX. 6).

(y) L. 39, de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*z*) L. 11, de dote praeleg. (XXXIII, 4); L. 34; L. 35, § 7, de m, c. don. (XXXIX. 6). Festo v. mortis causa (segun el testimonio de Labeon). Lo mismo sucede con una *dos mortis caussa promissa* (L. 76, de j. d. XXIII, 3), que es enteramente de la misma naturaleza, aunque en sí misma no constituya una verdadera donacion.

(*aa*) Los textos siguientes prueban que el asunto era así considerado. L. 76, de j. dot. (XXIII, 3): «Si pater mulieris *mortis suæ causa dotem* promiserit, valet promissio: nam et si *in tempus quo ipso moreretur promisisset* obligaretur.» Estas dos formas de estipulaciones se colocan aquí bajo el mismo nivel. Así, tambien, segun la L. 15. de manum. (XI, 1), el efecto atribuido á la mortis causa manumissio consiste en que: «*in extremum tempus manumissoris vitæ* confertur libertas.» En el mismo texto se atribuye á la mortis causa traditio con condicion suspensiva el efecto de «ut *moriente eo* fieret accipientis,» es decir, en el último momento de la vida. Debe evidentemente aplicarse el mismo principio en todos los casos en que sea bastante para obviar toda dificultad. se supone, por tanto, la siguiente forma de estipulacion: ¿cum, me vivo, morieris, centum dare spondes? Y hé aquí igualmente explicada la validez de la donacion en caso de muerte simultánea (nota *g*). Innecesario es decir

En este punto se presenta la cuestion de saber si el fin de la donacion puede conseguirse de igual manera por el simple pacto que por la estipulacion, ó, en otros términos, ¿la ley de Justiniano que atribuye al simple pacto los mismos efectos que á la estipulacion, se aplica á la donacion por causa de muerte ó solamente á la donacion ordinaria? La mayor parte de los autores modernos resuelven negativamente la cuestion, creyendo que, segun el espíritu de la legislacion justiniánea, la promesa, por causa de muerte, no es obligatoria sino cuando resulta de una estipulacion (*bb*). El principal argumento en apoyo de esta doctrina consiste en la forma en que Justiniano trata de justificar su innovacion; pues razonando segun el caso más ordinario, hace notar la mala fé en que incurre el donante cuando busca en un vicio de forma el medio de eludir su promesa; motivo que no es aplicable á la *mortis causa donatio*, puesto que el donante se reserva habitualmente el derecho absoluto de revocacion. Pero no debe nunca buscarse en el motivo de la ley el medio de restringirla, á ménos que no exista una oposicion real entre su letra y su espíritu (§ 37,50). Aquí la ley habla de todas las *donationes* en general, lo cual comprende evidentemente la especie de donacion llamada *mortis causa donatio* (nota *b*); por consiguiente la restriccion que se pretende es contraria á los términos de la ley. La naturaleza particular de la *mortis causa donatio* nada contiene tampoco que deba hacerla excluir en la intencion del legislador. En efecto, si, como todo el mundo reconoce, por el simple pacto puede realizarse una donacion ordinaria, habrá de confesarse tambien que este medio presenta ménos inconvenientes áun para la *mortis causa donatio*, que es mucho ménos peligrosa, tanto á causa de la condicion de la muerte á que se encuentra sometida, como á causa del derecho de revocacion. Por lo demás esta cuestion me parece de un interes muy secundario, pues se refiere únicamente al sentido primitivo de la ley de Justiniano, ley que no tiene influencia alguna en el actual derecho, segun el

---

que no puede asentir á la solucion dada á esta dificultad por otros autores, entre ellos, Haubold, opusc. I. 459; Hasse Rhein. Museum II, 327.

(*bb*) Haubold, opusc. I, 462: Schröter, Zeitschrift, II, 132; Hasse, Rhein. Museum, II, 310, nota 116.

cual, y nadie lo niega, el simple pacto reemplaza enteramente á la estipulacion antigua. Si, pues, es incontestable que en el espíritu del derecho justiniáneo basta la estipulacion para que se verifique la *mortis causa donatio*, debemos decir otro tanto, conforme á nuestro derecho, del simple pacto; y esto, aunque justiniano no hubiera dictado ninguna nueva ley sobre los efectos del simple pacto en materia de donaciones.

Por último, puede tambien ser objeto de la *mortis causa donatio* una liberacion, siempre que, por medio de la aceptilacion ó de un simple pacto, se le imprima el carácter de un acto jurídico. Los textos que parecen admitir esta liberacion áun sin aceptilacion, por ejemplo, como resultado de una simple carta ó de un mandato, se refieren indudablemente á los fideicomisos, respecto á los cuales, en el antiguo derecho, no se exigía más que una declaracion de voluntad (*cc*); pero, en derecho nuevo, los fideicomisos no son válidos si no se constituyen, al ménos, en un codicilo.

Debo tambien mencionar en este punto, un caso particular que, sin ser una *mortis causa donatio*, tiene con ella gran afinidad; me refiero á la mortis causa manumissio. Esta no podía hacerse en vista de un peligro de muerte presente y pasajero, sino en la espectativa del término natural de la vida; el emancipado no empezaba á gozar de la libertad hasta la muerte del señor (*dd*).

(*cc*) Así, segun la L. 28 de m. c. don. (XXXIX, 6), la carta del acreedor que anuncia al deudor su liberacion bajo el concepto de una *m. c. donatio*, confiere al deudor una *doli exceptio*. En la L, 18, § 2, eod., presenta el ejemplo de un acreedor que, queriendo hacer una *m. c. donatio* entrega á un tercero los títulos de crédito, encargándole que los entregue á su vez á los deudores si llega á morir: el caso se realiza, y entónces se dice del heredero: «*Vel* pacti conventi, *vel* doli mali exceptione summoveri posse:» es decir, *pacti* si los deudores han aceptado; en el caso contrario *doli*, á causa del fideicomiso. No se pueden invocar, por consiguiente, estos dos textos en apoyo de la falsa doctrina de que toda remision de una deuda, áun sin aceptacion, vale como donacion (§ 158, *h*). Por otra parte, diversos textos (§ 172, *g*), nos prueban que la intencion y los términos de una *m. c. donatio*, bastan para constituir un fideicomiso.

(*dd*) L. 15, de manumiss. (XL, 1); texto muy notable en cuanto distingue claramente la *manumissio per vindictam* de la *inter amicos*, atribuyéndole en este punto iguales efectos.

§ CLXXI.—V. *Donacion.—Especies particulares.* I. *Donacion por causa de muerte.* (Continuacion).

Las consecuencias especiales de esta clase de donacion se manifiestan en los recursos jurídicos de que el donante puede disponer, cuando falta la condicion. Estos recursos jurídicos son la reivindicacion, la *condictio* y la *actio praescriptis verbis*, cuya naturaleza y efectos voy á examinar.

La reivindicacion no puede ejercitarse sino cuando la cosa existe todavía naturalmente, ya en poder del donatario, ya en el de un tercero. Se la admitía siempre sin contradiccion, cuando el donante, habiendo entregado la cosa bajo una condicion suspensiva (§ 170), habia conservado la propiedad de ella *(a)*. Se admitió despues cuando la propiedad había sido trasmitida bajo una condicion resolutoria, extension que debe considerarse como el desenvolvimiento completo de esta institucion *(b)*.

La *condictio* se deriva de que habiendo sido donada la cosa con el fin de que el donatario la posea y goce despues de la muerte del donante, si este goce resulta imposible, el donante tiene para reclamarla, segun los principios generales del derecho, una *condictio ob causam datorum;* punto que no ha sido nunca puesto en duda por más que la *mortis causa donatio* haya motivado numerosas controversias entre los antiguos jurisconsultos *(c)*. Se ejercita la *condictio* generalmente cuando el objeto de la donacion no es un cuerpo cierto, y el enriquecimiento resulta, ora de una de-

---

(a) L. 29, de m. c. don. (XXXIX, 6), (de Ulpiano): «... Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, *sine dubio donator poterit rem vindicare,* mortuo eo (es decir, despues del cumplimiento de la condicion), tunc is cui donatum est.»

(b) L. 29, de m. c. don. (XXXIX, 6), inmediatamente despues de las palabras citadas en la nota *a*: «Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet si convaluisset, vel de proelio vel peregre redisset: *postest defendi, in rem competere donatori,* si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte preventus sit is cui donatum, est *adhuc quis dabit in rem donatori.*» Los dos casos que aquí se distinguen se refieren á las diversas condiciones de la *m. c. donatio* (§ 170, c, *d*). En ambos casos concede Ulpiano la reivindicacion, pero este derecho no está generalmente reconocido como sucede tratándose de la condicion suspensiva (nota *a*).

(c) L. 35, § 3, de m. c. don. (XXXIX, 6). «...Nec dubitaverunt Cassiani quin *condictione* repeti possit, quasi re non secuta.»

legacion, ora de una aceptilacion, ó bien cuando la cosa donada no existe ya naturalmente, como, por ejemplo, sucede cuando se trata de una suma de dinero que ha sido gastada. Competía tambien, y principalmente, en el caso en que la propiedad hubiera sido desde luego trasmitida, bajo una condicion resolutoria, lo cual era una consecuencia de la doctrina que regía entónces (nota *b)*, la cual no admitía en este caso la reivindicacion directa *(d)*; pero hoy que esta doctrina ha sido formalmente condenada, la reivindicacion reemplaza con ventaja á la *condictio*, no siendo ésta admisible en tal caso, porque en general estas dos ocasiones se excluyen mútuamente.

La actio praescriptis verbis resulta del contrato innominado *do ut reddas*, evidentemente contenido en esta clase de donacion; contrato que, en este como en los demás casos, debe tener los efectos inherentes á su naturaleza *(e)*. Por esta razon, la *actio praescriptis verbis* en restitucion de la cosa donada, se atribuye expresamente al donante *(f)*.

Estas acciones tienen además otras consecuencias especiales que es preciso mencionar. Cuando la pérdida de la cosa donada acontece por un hecho del donatario queda este siempre responsable y no se liberta como el esposo donatario, por la consumacion de la cosa. Si, pues, el donata-

---

(*d*) Esta extension de la *condictio* que responde á una restriccion de la *vindicatio*, se encuentra en los textos siguientes: L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV. 1), de Papiniano: «ut traditio, quœ mandante uxore mortis causa facta est: nam *quo casu inter exteros condictio nascitur* (así. pues, en el caso de que hablo), inter maritos nihil agitur.—Paulo, en la L. 12, de cond. causa data (XII, 4): «Cum quis mortis causa donationem cum convaluisset donator, *condicit*, fructus quoque donatarum rerum, et partus, et quod adcrevit rei donatæ, repetere potest.»—El mismo en la L. 38, § 3, de usuris, (XXII, 1): «Idem que est (es decir, fructus respetere debere), si mortis causa *fundus sit donatus*, et revaluerit qui donavit *atque ita condictio nascatur*.» No necesitamos confrontar en este punto los testimonios de dos jurisconsultos, uno más antiguo y otro más moderno. Paulo permanece fiel á la letra del antiguo derecho y su contemporáneo Ulpiano entra en detalles más minuciosos sobre esta institucion. Debemos, pues, afirmar que de ellos se ha tomado la expresion de la legislacion justiniánea.

(*e*) L. 5, pr. § 1, de præscrip. verbis, (XIX, 5).

(*f*) L. 30, de m. c. don. XXXIX, 6): «Qui mortis causa donavit, ipse ex pænitentia condictionem *vel utilem actionem* habet.»—L. 18, § 1, eod.» ...nam et si convaluisset creditor idemque donator, condictione, *aut in factum actione*, debitoris obligationem dumtaxat reciperet.» Cuestiónase aquí entre la *actio in factum civilis* ó la *prœscriptis verbis*.

rio ha destruido, consumido ó disipado la cosa donada debe devolver su valor, pues á sabiendas se ha colocado en la imposibilidad de efectuar la restitucion impuesta por el contrato *(g)*. Si la cosa ha sido vendida, puede el donante escoger, entre reclamar el precio ó su valor real *(h)*. Si la cosa ha sido ménoscabada, destruida ó robada por culpa del donatario no se libra éste de la responsabilidad, con arreglo á los principios que rigen en la *actio praescriptis verbis (i)*, accion que tiene en este punto gran importancia, puesto que, en virtud de la *condictio*, no se puede reclamar indemnizacion por las pérdidas que resulten de una *culpa*. Cuando en el intervalo, desde el acto de la donacion, la cosa ha producido frutos, debe el donatario devolverlos en especie ó su valor. Esta regla se aplica aun á la *condictio*, y por consiguiente, aun en el caso que haya habido trasmision de la propiedad *(k)*; de manera que con mayor motivo se aplicará á la reivindicacion, y principalmente al caso en que la tradicion se haya verificado bajo una condicion suspensiva. Si el donatario ha hecho gastos para el sostenimiento de la cosa puede reclamarlos por medio de una *doli exceptio (l)*.

Ya sea que la donacion resulte de una simple estipulacion *(m)*, ya de una delegacion, el donante tiene siempre la *condictio* para hacerse restituir aquello de que el donatario resulta enriquecido; con la circunstancia de que, en el caso

---

(g) L. 39, de m. c. don. (XXXIX, 6): «Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumissit, tenetur condictione in pretium servi: *quoniam scit posse sibi condici*, si convaluerit donator.»

(h) L. 37, § 1, de m. c. don. (XXXIX, 6) «...si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit... pretii condictionem donator habebit, si convaluisset, et hoc donator elegerit: alioquin et ipsum servum restituere compellitur.» *Pretium* es aquí el precio de la venta; *ipsum servum restituere* quiere decir, pagar el valor del esclavo segun la estimacion del juez. Si el esclavo ha sido vendido por ménos de su valor, se ha verificado una disipacion parcial que el donante no debe sufrir, y por esta razon se le concede que escoja entre una y otra cosa. Si se ha vendido el esclavo por más de su valor debe aprovecharse el donante de este beneficio.

(i) L. 17, § 1, 2, 4, de præscr. verbis (XIX, 5).

(k) L. 12, de cond. causa data (XII, 4); L. 38, § 3, de usuris (XXII, 1). Véase más arriba, nota *d*.

(l) L. 14, de m. c. don. (XXXIX, 6).

(m) L. 76, de jure dot. (XXIII, 3); L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1) «...defuncto viro viva muliere, stipulatio solvitur... *nam quo casu inter exteros condictio nascitur*, inter maritos nihil agitur.»

de la delegacion, el donatario puede restituir el crédito mismo, y si no ha recibido de él más que una parte, por consecuencia de la insolvencia del deudor, no está obligado á devolver más que la suma efectivamente recibida (*n*). Si la donacion resulta de una aceptilacion la *condictio* tiene siempre lugar por todo el valor nominal de la deuda, aunque el donatario fuera insolvente (*o*).

Los principios expuestos hasta aquí respecto á la donacion por causa de muerte se fundan todos en la naturaleza de un contrato, es decir, de un acto entre vivos y no participan en manera alguna de la naturaleza de los actos de última voluntad; fundamental diferencia que se manifiesta tambien en otras varias materias. Así, en el antiguo derecho podía donarse *mortis causa* sin hacer testamento (*p*), mientras que era necesaria esta formalidad para la institucion de heredero y para los legados. Sin embargo, cuando más tarde se admitió la validez de estos últimos actos á título de fideicomiso, desapareció este carácter distintivo. Pero hé aquí todavía otra diferencia que continuó subsistiendo. La validez de la *mortis causa donatio* es independiente de la existencia de un heredero, mientras que los legados y los fideicomisos no son válidos sino cuando la sucesion ha sido efectivamente aceptada (*q*). Por otro lado, la donacion por causa de muerte puede tener lugar entre personas qne no gozan del derecho de *testamentifactio* como son *los peregrini* (*r*); de suerte que si un *peregrinus* entregaba ó prometía por estipulacion una cosa por causa de muerte, adquiría incontestablemente el donatario la propie-

---

De manera que ordinariamente procede la *condictio*, pero en el caso especial de que habla la ley, esto es, el de una donacion entre esposos, la estipulacion es nula en sí misma. (Véase § 157 s 1, y apéndice X, número III, *a*).—Puede preguntarse la razon de que la condicion del fallecimiento dé solamente lugar á la *condictio*, y no anula la estipulacion misma. Si la condicion hubiera sido formalmente expresada la estipulacion sería nula *ipso jure*; pero la cláusula mortis causa no tiene este efecto y entraña sólo una *condictio ob causam datorum*.

(*n*) L. 18, § 1, L 31, § 3, de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*o*) L. 18, § 1; L. 31, § 1, 3, 4, de m. c. (XXXIX, 6). Lo mismo sucedería si el deudor, á falta de aceptilacion, hubiese obtenido su liberacion por la expiracion de un plazo. (L. 24, eod).

(*p*) L. 25, pr. de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*q*) Hasse, Rhein. Museum, II, 346.

(*r*) Ulpiano, XXII, 2.

dad ó una accion *(s)*, y su derecho quedaba subordinado á la muerte del donante que es el carácter esencial de la *mortis causa donatio*. El error de algunos autores respecto de esta materia proviene de dos causas: 1.ª de haber confundido la *testamentifactio* con la capacidad, que es cosa muy diferente, y de lo cual hablaré en seguida; 2.ª de que los Romanos mismos no emplearon siempre la expresion técnica *testamentifactio* *(t)* de una manera rigurosamente exacta *(u)*.

Ya he dicho más arriba (§ 170) que esta clase de donacion, por su fin y por los resultados que produce tenía gran afinidad con los legados; así, pues, cuando éstos fueron sometidos á restricciones positivas, la donacion por causa de muerte pudo servir como medio de eludir estas restricciones, por cuya razon, hubo necesidad de hacer extensivas á las donaciones, por causa de muerte, muchas de las reglas que restringían los legados. Los antiguos jurisconsultos discutieron mucho sobre los límites de esta asimilacion; pero nosotros no conocemos el estado de la controversia.

(*s*) Sobre la capacidad que tienen los *peregrini* para adquirir la propiedad, (exceptuándose la propiedad *ex jure Quiritium*). Véase Gayo II, § 40; sobre la de hacer estipulaciones (exceptuándose la que se contrae con las palabras *spondes? spondeo*) Gayo III, § 93.

(*t*) La fraseología más exacta se encuentra en Ulpiano, XX, § 2, 8, 10, 14; XXII, § 3. No podemos juzgar de la de Gayo á causa de las lagunas que presenta el texto principal. En muchos textos se designa así el derecho de testar, por más que está sometido á muchas otras condiciones que las de la *testamentifactio*. Así, por ejemplo, el *filiusfamilias* y el *Latinus Junianus* tienen la *testamentifactio*, y sin embargo, no pueden textar. Ulpiano, ley citada. Tomada en su significacion propia la palabra *testamentifactio* es sinónima de *commercium*; designa la capacidad para la mancipacion.

(*u*) Así, segun la L. 7, § 6, de don. (XXXIX, 5) los *filiifamilias* que tienen un *castrense peculium* pueden hacer donaciones por causa de muerte «cum testamentifactionem habeant;» es decir, porque pueden disponer de este peculio por testamento: tienen la testamentifactio propiamente dicha (nota *t*), aun sin *castrense peculium*.—L. 32, § 8, de don. int. vir. (XXIV, 1). «Nam et m. c. donare poterit *cui testari permissum est*.» Se trata aquí de un soldado condenado que había obtenido por gracia autorizacion de disponer de sus bienes, lo cual nada tiene de comun con las reglas ordinarias del derecho.—L. 1, § 1, de tutela (XXVII, 3). «Sicuti testamentifactio... pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendæ sunt.» *Testamentifactio* designa aquí tambien la capacidad de testar rehusada al pupilo á causa de su edad. El mismo motivo lo hace incapaz de enajenacion, lo que, ciertamente, ninguna relacion tiene con la *testamentifactio*.

Justiniano se decidió por la asimilacion más extensa; y, fundándose en los términos de que el emperador se sirve, varios autores han creido que había abolido esta clase de donacion, como institucion especial, identificándola completamente con los legados *(v)*. Voy á discutir extensamente esta importante cuestion.

§ CLXXII.—*Donacion.—Especies particulares.* I. *Donacion por causa de muerte.*—(Continuacion).

La asimilacion de la donacion por causa de muerte con los legados, puede considerarse bajo un doble aspecto: en cuanto á la forma exterior y en cuanto á las reglas de derecho que les eran aplicables. Las controversias de los antiguos jurisconsultos se referían solamente, como sabemos, al primer punto; Justiniano abraza uno y otro aspecto; por consiguiente, nosotros examinaremos su legislacion bajo esta doble faz.

Hablemos primeramente de la forma exterior. Desde el momento en que se considera que la insinuacion se exigió, primero para todas las donaciones y más adelante para las donaciones importantes, puede preguntarse si esta prescripcion se aplicaba tambien á las donaciones por causa de muerte. Justiniano decide que no es absolutamente necesaria y que puede suplirse con la presencia de cinco testigos; formalidad que basta para la validez de esta clase de donacion. Esta disposicion tan sencilla se explica de la manera siguiente. El que quiere donar por causa de muerte puede elegir entre la antigua forma de la donacion y la forma del codicilo. En el primer caso, si el valor de la donacion excede de 500 *solidi* la insinuacion es necesaria; en el segundo caso, cualquiera que sea su valor, basta la presencia de cinco testigos que es la formalidad que se exige para todo codicilo.

La disposicion mencionada, sin embargo, ha dado lugar á un doble error. De un lado varios autores han creido que Justiniano había abolido la antigua forma de las donaciones

---

(v) L. 4. C. de don. causa mortis (VIII, 57), § 1, J. de don. (II, 7); Nov. 87. pr.

sustituyéndola exclusivamente con la de los cinco testigos. De donde resultaría evidentemente que, en realidad, no existía ya la donacion por causa de muerte, institucion que quedaba convertida en un legado, con la modificacion secundaria de que, á veces, la cosa legada se entregaba al legatario en vida del testador. Fácilmente se incurre en este error si se lee solamente el preámbulo de la ley de Justiniano; pero si se atiende á ésta se verá que ofrece al donante una facilidad nueva, sin prohibir de ningun modo el uso de las demás formas hasta entónces empleadas; establece que, áun para las donaciones importantes, puede el donante suplir la insinuacion por la presencia de cinco testigos, lo cual no quiere decir que le prohiba dicha insinuacion, si quiere usar de esta formalidad, ni tampoco se opone á que haga una donacion de 500 *solidi* sin formalidad alguna *(a)*. La opinion que combato imputaría además al legislador una inconveniencia evidente. En efecto, con arreglo á ella, tendría que concederse que no se podría donar *mortis causa* 300 *solidi* por medio de la simple tradicion, ni 800 por medio de la tradicion con insinuacion, si no se llenaba la formalidad de los cinco testigos. Ahora bien, nadie duda que una donacion entre vivos verificada por los anteriores medios era completamente válida; así, pues, las formalidades que son bastantes para el acto más grave y más peligroso serían insuficientes para él ménos peligroso y ménos grave.

Otros han creido que los cinco testigos eran una forma especial de las donaciones por causa de muerte sin ninguna relacion con las formas generales de los codicilos, las cuales, por tanto, no había para qué aplicarlas á esta materia *(b)*. Desde luego es difícil de admitir esta falta de relacion, principalmente considerando que la forma nueva y sumariamente indicada se refiere ya por sí misma á una forma de antemano reconocida, pero existen además motivos especiales para ver en la simple indicacion de los cinco testigos la forma pura y completa de los codicilos. Era una re-

---

(a) Entre los autores modernos, Müller, p. 27, 28. y Widerhold, página 107, 117, han adoptado la opinion que he refutado. Schroter, p. 133 y sig. con mucha más profundidad ha adoptado la opinion que sostengo.

(b) Este segundo error se encuentra en Schroter, p. 144, 150, y ha sido reforzado por Hasse, Rhein. Museum, III, 410.

gla general, desde largo tiempo establecida, que los legados y fideicomisos no podían hacerse más que en codicilos y en presencia de cinco testigos *(c)*; pues bien, la ley justiniánea comienza por establecer una estrecha relacion entre la *mortis causa donatio* y los legados y en seguida añade que cinco testigos, convocados para semejante acto, dispensaban de toda formalidad. ¿Qué cosa más natural, por consiguiente, que considerar la prescripcion de los cinco testigos como una breve designacion de la forma codicilar exigida para la validez de los legados? ¿Tenía necesidad Justiniano de reproducir con esta ocasion todo lo que había dicho en otros lugares sobre la forma de los codicilos? Añade, además, que poco ántes había decretado el emperador que no bastaba la muerte para confirmar las donaciones importantes entre esposos, sino que se necesitaba tambien la insinuacion ó la *suprema voluntas* *(d)*, es decir, un testamento ó un codicilo; de modo que el equivalente de la insinuacion llamado aquí *suprema volumtas* se expresa en la ley que nos ocupa por la exigencia de los antiguos testigos. Ambas disposiciones son idénticas; no difieren más que en la forma y se esclarecen mútuamente.

Si, segun estas razones, se considera la exigencia de los cinco testigos como una breve designacion de la forma codicilar ya conocida, síguese de aquí necesariamente que los cinco testigos pueden ser reemplazados por cualquiera otra especie de forma codicilar privilegiada, como por ejemplo, el mandato oral dado al heredero mismo *(e)*. Y si los partidarios de la opinion que combato pretenden que semejante *mortis causa donatio* no es válida, á causa de la ausencia de los cinco testigos, habrán de conceder que este acto constituirá al ménos un fideicomiso que impondrá al heredero la obligacion de hacer ó de permir todoti lo que se contuviese en la *mortis causa donatio*: de manera que el resultado práctico sería el mismo que si la donacion hubiese sido directamente ratificada. Hay más; si en un codicilo regular ó privilegiado, decía un testador; «dono á Ticio 1.000 escudos por causa de muerte,» este acto no valdría como

(c) L. 8. § 3, de codicillis (VI, 36).
(d) L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16).
(e) Schöter, p. 150, no participa de esta opinion.

donacion, porque carece de uno de los elementos esenciales de ella, á saber, la aceptacion; pero valdría como legado ó fideicomiso (*f*), porque la intencion del testador no es dudosa; y tanto segun la letra como segun el espíritu del derecho justiniáneo, las expresiones empleadas son indiferentes (*g*).

Comparemos ahora la donacion por causa de muerte con los legados y veamos si existe paridad entre las reglas que á ambas instituciones se refieren. Ya los emperadores habían dictado algunas disposiciones á este respecto, pero los jurisconsultos no estaban acordes sobre el límite que debiera tener la asimilacion; y en este estado de cosas Justiniano adoptó la opinion de los jurisconsultos que administran la asimilacion más extensa y expresó su voluntad de dos maneras. Primeramente hizo que no se insertasen en el Digesto más que las opiniones antiguas favorables á su doctrina y excluyó todos los textos que eran contrarios á ella; y luego, en el Código y en las Instituciones, estableció como regla general esta extensa asimilacion (*h*). De este modo las diversas partes del cuerpo del derecho se explican mútuamente: la regla general expuesta en el Código y en las Instituciones encuentra su determinacion y sus límites en el Digesto. Varios autores, sin embargo, engañados por la forma que ofrece el cuerpo del derecho justiniáneo han creido que el Código había trasformado en absoluto la asimilacion parcial indicada en el Digesto. Pero segun los princi-

---

(*f*) En este punto sostiene tambien Schöter, p, 146, una opinion contraria.

(*g*) L. 21, C. de legatis (VI, 37); L. 1, 2, C. communia de leg. (VI, 43), y principalmente § 2, 3, J. de leg. (II, 20).—En el antiguo derecho tenía una gran importancia la eleccion de los términos aunque se tratara de actos que no estuvieren sometidos á formas rigurosas, como los fideicomisos (Ulpiano, XXV, 2). Se admitían, sin embargo, como válidos los fideicomisos en casos semejantes á los arriba expuestos: *dono* equivalía á *fidei comitto*, L, 75. pr.; L. 77, § 26, de leg., 2. (XXXI, un.) (§ 170, *cc.)*

(*h*) Para todo lector libre de prevenciones debe resultar con evidencia de los textos mismos dicho principio. La L. 4, C. de don. causa mortis (VIII. 57) comienza por decir que los antiguos jurisconsultos no estaban de acuerdo sobre la cuestion de si estas donaciones tenían el carácter de legado ó más bien el de donaciones entre vivos, y á continuacion decide Justiniano que la insinuacion no es nunca indispensable y que se la puede suplir con la presencia de cinco testigos.—El § 1, J. de don. (II, 7) dice al principio: Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt *per omnia*,» lo cual parece muy peligroso. Seguidamente añade el texto que esta era una cuestion muy debatida por los antiguos

pios que acabo de exponer, no puede admitirse la asimilacion sino para los casos expresados en el Digesto ó en las constituciones imperiales anteriores á su fecha, y las fuentes del derecho, al reconocer formalmente muchas diferencias que continúan subsistiendo *(i)* confirman tambien este resultado. Trátase ahora de determinar bajo qué relaciones *la mortis causa donatio* es realmente asimilada á los legados.

§ CLXXIII.—V.—*Donacion.—Especies particulares. I.—Donacion por causa de muerte.* (Continuacion).

El primer caso en que la donacion por causa de muerte parece haber sido asimilada á los legados es el de la *incapacidad.* En efecto, segun la *lex Julia,* los célibes no podían recibir los legados ni sucesiones que les eran deferidos, y los casados sin hijos sólo podían obtener la mitad; y como nada era más fácil que eludir la ley por medio de un fideicomiso, el senado-consulto Pegasiano extendió la prohibicion á los fideicomisos *(a)*; pero no era ménos facil eludir la prohibicion por medio de una *mortis cousa donatio*, y así, un decreto del senado comprendió tambien en la prohibicion á las donaciones por causa de muerte *(b)*, y tal fué su

jurisconsultos y termina diciendo: «a nobis constitutum est, ut *per omnia fere* legatis connumeretur.» El sentido del texto en su conjunto, es el siguiente: *respecto á la cuestion controvertida por los antiguos jurisconsultos,* hemos adoptado la asimilacion de las donaciones por causa de muerte con los legados; de manera que *esta asimilacion existe para los puntos más numerosos y más importantes* (*fere*),—La Novela 87, pr. establece esta asimilacion en términos generales, precisamente como en la primera parte del § 1, J., que acabo de citar.

(*i*) Schröter, pág. 139 y sig., ha desenvuelto esta opinion, y enumera en la pág. 116 y sig. las diferencias que continúan subsistiendo.

(*a*) Gayo, II, § 286.—Segun la lex Junia, el latino juniano estaba sometido á la misma incapacidad (Gayo, I, § 23, II, § 275; Ulpiano XXII. 3), pero no existiendo en este asunto la misma razon política que para el celibato se juzgó inútil extender la prohibicion á los fideicomisos. Gayo, II, § 275; Ulpiano XXV, § 7.

(*b*) L. 35, pr, de m. c. don. (XXXIX, 6). Véase L. 9, 10, 33 eod. Estas disposiciones explican tambien la generalidad aparente de la L. 37, pr. eod. «Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcumque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.» Este texto se ha sacado de un comentario de Ulpiano sobre la lex Julia, así es que expresa solamente la incapacidad del *cœlebs* y del *orbus*.—La m. c. donatio estaba

primera asimilacion artificial con los legados. La cosecuencia exigía que para apreciar esta incapacidad había de tenerse en cuenta, no la época de la donacion, sino de la muerte del donante *(c)*, ó, para hablar con más exactitud, la donacion no entraba bajo la prohibicion cuando á la muerte del donante ó en los cien dias siguientes resultaba el donatario casado y con hijos *(d)*. Justiniano derogó todas estas circunstancias del celibato y de la carencia de hijos *(e)*; de manera que sólo por inadvertencia hacen mencion de esta incapacidad los redactores del Digesto con motivo de la *mortis causa donactio*, á ménos que no hayan tenido en vista de la prohibicion, no sólo de suceder sino de recibir nada á título de donacion, pronunciada por las leyes imperiales contra los herejes y los apóstatas (§ 84).

La segunda asimilacion se refiere á la cuarta falcidia. La *lex Falcidia* permitía al heredero testamentario reducir los legados que se le imponían de manera que conservase siempre como beneficio real la cuarta parte de su porcion hereditaria. El senado-consulto Pegasiano extendió esta medida á los fideicomisos, tanto los que tuvieran por objeto una herencia como los que se refieren á una cosa determinada *(f)*. Antonino Pío hizo extensiva además la medida á los fideicomisos impuestos al heredero abintestato *(g)*. Y viene en seguida la constitucion de Severo, que sometió á la misma reduccion las donaciones por causa de muerte *(h)*.

---

igualmente prohibida al latino juniano. (Fragm. Vat., 259), y sin embargo, particularidad notable, esta incapacidad no existía para los fideicomisos (Nota *a*).

(*c*) L. 22, de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*d*) Ulpiano, XVIII, § 1; XXII, § 3.

(*e*) L. un., § 14, C. de cad. toll. (VI, 51).

(*f*) Gayo, II, § 254, § 5, J. de fideic. hered. (II, 23).

(*g*) L. 18, pr. ad. L. Falc. (XXXV, 2).—Se habla aquí solamente del fideicomiso y no del legado porque se trata de la sucesion ab-intestato, y segun el antiguo derecho, los legados no podían hacerse más que por testamento ó por *codicillis testamento confirmatis*.

(*h*) L. 5, C. ad L. Falc. (VI, 50); L. 2, C. de don. causa mortis (VIII, 57). Esta Constitucion era entónces reciente y por eso Papiniano opone el jus *antiquum* á la *constitutio*. L. 42, § 1, de m. c. don, (XXXIX, 6). Esta asimilacion se encuentra mencionada y establecida en los testos siguientes: L. 77, § 1, de leg., 2 (XXXI, un); L. 15, pr. L. 82, ad. L. Falc. (XXXV, 2); L. 1, § 5, quod legat. (XLIII, 3); L. 27, de m. c. don. (XXXIX, 6). Fragm. Vat., § 281.—Cuj., obs. XX, 6, cree, sin motivo suficiente, que Severo establece esta asimilacion para las sucesiones testa-

Desde entónces, tanto el heredero testamentario, como el heredero abintestato, estuvieron autorizados para hacer figurar estas donaciones en la masa hereditaria, sometiéndolas á la misma reduccion que los legados y los fideicomisos. Y esta es la razon de haberse declarado tambien reductibles las donaciones entre esposos confirmadas por la muerte *(i)*; pues éstas fueron consideradas ordinariamente como *mortis causa donationes* (§ 164). La cuarta falcidia descansa sobre el principio superior, independiente del derecho positivo, de que todos los legados y fideicomisos son nulos *ipso jure*, si exceden del valor de la sucesion misma *(k)*. Ahora bien, este principio no se refería de ningun modo á las *mortis causa donationes*, mientras que se las consideró como extrañas á la sucesion; pero cuando, en interés del heredero, se las hizo entrar en la masa hereditaria, debió necesariamente aplicárseles este principio. Resulta tambien de aquí que los acreedores del difunto pueden hacer anular la *mortis causa donatio*, si perjudica á sus créditos. En semejante caso, no tienen necesidad de recurrir á la *Pauliana actio* y obtienen la ventaja de no tener que probar la intencion fraudulenta de su deudor *(l)*.

La *bonorum possessio contra tabulas* de un *suus* ó *emancipatus* preterido anula por sí misma las instituciones de herederos y los legados, porque unas y otros se fundan en el testamento; se exceptúan la porcion hereditaria y los legados deferidos á los descendientes y ascendientes del difunto. Estas disposiciones no atañen en realidad á las *mortis causa donationes*, porque estas no dependen del testamento; sin embargo, se les aplicó la regla y la excepcion *(m)*. Cuando la sucesion se verifica ab intestato no pue-

---

mentarias, y que Gordiano en la L. 2, C. cit., la extiende á las sucesiones ab-intestato.

(i) L. 32, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1); L. 12, C. ad L. Falc. (VI, 50).

(k) L. 73, § 5; L. 17, ad L. Falc. (XXXV, 2); L. 18, § 1, de test. mil. (XXIX, 1).

(l) L. 17, de m. c. don. (XXXIX, 6) «...nam cum legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factæ rescindi debere, *quia legatorum instar obtinent.*» Estas últimas palabras, á pesar de su generalidad aparente, solo establecen la asimilacion *bajo esta relacion especial.*

(m) L. 3, pr.; L. 5, § 7; L. 20, pr. de leg. præst. (XXXVII, 5).

de tener lugar la *bonorum possessio contra tabulas*, ni la anulacion que de ellas se deriva (*n*); así, pues, cuando en semejante caso el hijo se encuentra perjudicado por una *mortis causa donatio*, no le queda otro recurso que la retencion de la cuarta falcidia (nota *h*). La misma retencion se concedió á la *bonorum possessio contra tabulas liberti* en virtud de la cual el patrono anulaba de pleno derecho las donaciones por causa de muerte, mientras que para atacar á las donaciones entre vivos tenía que recurrir á la *actio Faviana ó Calvisiana*, y probar, por consiguiente, el fraude del donante (*o*).

Todo usufructuario debe prestar caucion al propietario de su buena administracion y de la restitucion futura de la cosa, regla que se aplica no sólo al usufructo constituido como legado, sino tambien al que resulta de una donacion por causa de muerte (*p*); así, cuando alguno establece un usufructo por una *mortis causa donatio*, puede el heredero, despues de la muerte de aquél, exigir la caucion. Hasta aquí nada hay de particular, porque semejante caucion puede ser exigida áun respecto del usufructo constituido por contrato (*q*); lo especial en este punto es la regla positiva que impide al heredero hacer al legatario remision de la caucion (*r*); bajo esta relacion se asimila á los legados la *mortis causa donatio*, miéntras que, cuando el usufructo resulta de un contrato, el propietario es siempre libre de exigir ó no dicha caucion.

(*n*) L. 20, § 1, de leg. præst. (XXXVII, 5.). «Intestato autem mortuo patre, super donationibus m. c. factis non poterit filius queri: *quoniam comparatio nulla legatorum occurrit*.» El motivo no está bien escogido, pues la falcidia de los herederos abintestato se hallaría tambien excluida; esto es lo que ha inducido á error á Cuyacio.—Non poterit filius queri, significa: el hijo no tiene en este caso medio alguno (tal como la B. P. c. t., por ej.); para hacer anular la donacion.

(*o*) L. 1, § 1, si quid in fraud. XXXVIII, 5).

(*p*) L. 1, § 2, usufr. quemadm. caveat (VII. 9), «Plane et si ex mortis causa donatione usufructus constituatur, *exemplo legatorum debebit hæc cautio præstari*.»

(*q*) L. 1, §, 2 cit.; L, 4, de usufr. (III, 33).

(*r*) L. 7, C. ut in poss. (VI, 54). Hé aquí el motivo. La ley Julia había permitido en muchos casos dejar por testamento el usufructo, pero no la propiedad (Ulp. XV, 1); esta prescripcion podía ser fácilmente eludida si el testador dispensaba de la caucion al legatario, y éste, constituido en insolvencia, disipaba los bienes, abuso de que era igualmente susceptible una *m. c. donatio*.

Cuando en una institucion de heredero ó en un legado se establece la condicion de un juramento, el heredero ó el legatario están dispensados de prestarlo; pero existen recursos jurídicos para protejer la voluntad del testador (§ 123), y la transformacion que del acto así constituido implican estos recursos, se extiende á las donaciones por causa de muerte, en virtud de la siguiente disposicion. Si el donante se hace prometer la restitucion de la cosa, no sólo bajo la condicion ordinaria de esta clase de donacion, sino tambien para el caso en que el donatario no se obligase por medio de juramento á cumplir un acto determinado (*s*), no se exige este juramento, sino el cumplimiento del acto á título de *modus*.

Los soldados que están bajo el poder paterno tienen el derecho de disponer por testamento de su *peculium castrense* y en su consecuencia, el de nombrar herederos y legatarios. Por vía de consecuencia se extendió bien pronto esta facultad á las *mortis causa donationes*, por más que en su orígen y segun la letra de la ley, sólo había sido establecida para los testamentos (*t*).

El que recibe una *mortis causa donatio* puede ser encargado de un fideicomiso (*u*). Rigurosamente hablando, no significa esta regla una asimilacion con los legados, porque semejante carga puede ser impuesta tambien al que recibe un fideicomiso, ó áun una simple *mortis causa capio* (*v*); pero como para hacer un encargo de esta naturaleza se necesita una sucesion subordinada á la voluntad de un difunto (*w*), colócase tambien entre estas sucesiones á la

---

(*s*) L. 8, § 3, de cond. inst. (XXVIII, 7): «Et in mortis causa donationibus dicendum est Edicto locum esse: si forte quis caverit, nisi jurasset se aliquid facturum, restituturum quod accepit: oportebit itaque remitti cautionem.»

(*t*) L. 15, de m. c. don. (XXXIX, 6). «... hoc et constitutum est *et ad exemplum legatorum* mortis causa donationes revocatæ sunt;» es decir, en lo que toca al *castrense peculium* de que habla esta ley. Separadas del conjunto del texto estas palabras presentarían la falsa apariencia de una asimilacion absoluta.

(*u*) L. 11, de dote præleg. (XXXIII, 4); L. 77, § 1, de leg., 2, (XXXI, un.); L. 8, § 2. de transact. (II, 15); L. 1, C. de don. c. m. (VIII, 57); L. un., § 8, C. de cad. toll. (VI, 51).

(*v*) L. 96, § 4, de leg., 3, (XXX, un.).

(*w*) L. 1, § 6, de leg., 3, (XXXII, un); L. 9, C. de fideic. (VI, 42).

mortis causa donatio, y tal es el efecto importante que la distingue de los contratos puros. Se ha pretendido equivocadamente que esta regla sobre el fideicomiso no era más que una consecuencia natural de la revocabilidad de la *mortis causa donatio*, y que la imposicion de un fideicomiso equivale á una equivocacion parcial *(x)*. Pero la revocacion es acto entre vivos, y el fideicomiso no es conocido hasta despues de la muerte, presentando la fuerza obligatoria de este un carácter especial que no se explica por la naturaleza de un contrato condicional. Precisamente han seguido en su desenvolvimiento las reglas jurídicas una marcha enteramente inversa. Así, á ejemplo de lo que sucedía con la carga impuesta á la *mortis causa donatio*, carga que no podía rechazarse, vista la naturaleza de sucesion de que la donacion participaba, se extendió más tarte este principio, por una constitucion de Antonino Pío (*y*), á la donacion ordinaria revocable por contrato. Existió, por tanto, en adelante una nueva extension de que hablaré en el § 175.

En los casos expuestos, la asimilacion de la *mortis causa donatio* con los legados es cierta; fuera de ellos no podría ser admitida, á pesar de la generalidad aparente de los textos del Código y de las Instituciones. Algunas veces se niega formalmente la misma asimilacion, como sucede en el caso de la indignidad pronunciada contra los herederos ó legatarios que ataquen el testamento, disposicion que no se extiende al que ha recibido una *mortis causa donatio (z)*.

Resultaría, por último, de la asimilacion absoluta, que no se podría hacer una *mortis causa donatio* irrevocable; ahora bien, ésta regla es cierta en cuanto á los legados; pero la posibilidad de una *mortis causa donatio* irrevocable se reconoce expresamente, no sólo en el Digesto, sino tambien en una Novela (§ 170 f).

§ CLXXIV.—V. *Donacion.—Especies particulares.* 1. *Donacion por causa de muerte.* (Continuacion).

Voy ahora á discutir en su conjunto la cuestion, ya par-

(*x*) Schröter, p. 116.
(*y*) L. 37, § 3, de leg., 3. (XXXII, un.).
(*z*) L. 5, § 17, de his quæ ut ind. (XXXIV, 9). «Qui mortis causa

cialmente tratada, de saber si las restricciones positivas de las donaciones en general se aplican tambien á la *mortis causa donatio*.

Desde luego, la prohibicion entre esposos no encuentra aquí aplicacion alguna, y esto parece que ha debido ser en todo tiempo (§ 162, *m*).

La ley Cincia con sus adiciones, ¿se aplicaba á la *mortis causa donatio*, ó en otros términos, esta clase de donacion estaba sometida á la prohibicion de las sumas importantes y á las formas especiales de la mancipacion ó de la posesion que la suplía? La cuestion es muy dudosa. En realidad, carecía de un interés para el donante, puesto que podía casi siempre revocar arbitrariamente la *mortis causa donatio* (§ 170); pero terminando este derecho de revocacion á la muerte del donante, la cuestion tomaba mucha más importancia para sus herederos, los cuales podían oponer al donatario que había habido exceso de la cuota legal ó que el defecto de mancipacion no se había suplido por la usucapion. Si se admite que la regla *morte Cincia removetur* no ha sido puesta nunca en duda, es evidente que la *lex Cincia* no podía ejercer influencia alguna sobre los herederos, de modo que la donacion por causa de muerte se encontraba fuera de dicha ley, salvo el rarísimo caso en que el donante renunciase á su derecho de revocacion. Si se admite, por el contrario, que la regla *morte Cincia removetur*, sostenida primero por una parte solamente de los antiguos jurisconsultos, no fué generalmente reconocida hasta más tarde, podrían los herederos tambien, en opinion de los jurisconsultos disidentes, invocar el beneficio de la *lex Cincia* (*a*), respecto á las donaciones por causa de muerte.

Toda *mortis causa donatio* cuyo valor exceda de 500 *solidi* está sometida á la insinuacion. Esta asimilacion no es dudosa y la donacion debe ser insinuada ó hacerse bajo la forma de un codicilo. Además, cuando hay lugar á reducirla por exceder del límite legal, los herederos pueden hacer pronunciar la reduccion. (§ 172). La revocacion por causa

---

donationem accepit a testatore, *non est similis in hac causa legatario.*»

(*a*) V. § 165, c. y f.—Haubold, opusc., I, 442, cree aplicable la ley Cincia á la *m. c. donatio*; Hasse, Rhein. Museum, II, 313 y Schröter, p. 100, son de opinion contraria.

de ingratitud no es susceptible de ninguna duda, pues pudiendo el donante revocar arbitrariamente la donacion, con mayor razon podrá hacerlo en el caso de ingratitud; y si ha renunciado á este derecho de revocacion arbitraria, no se encontraría su voluntad más ligada que por una donacion entre vivos, de suerte, que la revocacion por causa de ingratitud no podría serle prohibida, y la renuncia terminante á este derecho especial sería considerada como no escrita (§ 169, *l*).

Hasta aquí he considerado la donacion por causa de muerte como un acto cuya base es un contrato. Presenta efectivamente este carácter en la mayoría de los casos y este punto de vista es tambien el más favorable para explicar el régimen al cual se encuentra sometida en la práctica. No obstante, no puedo participar de la opinion de los autores modernos que consideran esta forma como la única posible, negando que exista nunca donacion por causa de muerte sin contrato. Voy, pues, á probar que los casos de donacion sin contrato enumerados más arriba (§ 160) son igualmente aplicables á la donacion por causa de muerte.

El que extingue la deuda de un amigo ausente é ignorándolo éste, por medio de un pago al contado ó de una novacion, puede haber querido hacer una *negotiorum gestio* ó una donacion; y si en el momento de la insinuacion, en los casos en que esta es necesaria, declara que su intento es hacer una donacion, pero por causa de muerte, este acto tendrá todos los efectos jurídicos de las donaciones por causa de muerte. Lo mísmo sucede si en las mismas circunstancias hacía una declaracion semejante al reconstruir los barcos incendiados pertenecientes á su amigo. Supongamos ahora que muere ántes que este amigo, sin haber cambiado su voluntad; la donacion entónces se perfecciona, y los herederos no pueden reclamar nada del donatario, pues la intencion de donar excluye la *negotiorum gestorum actio*. Supongamos, por el contrario, el caso inverso, esto es, que muera ántes el amigo; en este caso la *mortis causa donatio*, queda anulada por la condicion que le es inherente; y como una declaracion expresa excluye entónces el *donandi animus*, los gastos de reconstruccion pueden ser reclamados á los herederos del difunto. La única diferencia, y ésta no toca más que á la forma, consiste en

los recursos de derecho que pueden emplearse para obtener la restitucion de las expensas.

El donante no tiene necesidad de la *condictio* ni de la *actio prœscriptis verbis;* le basta con la *negotiorum gestorum actio*, para conseguir su objeto. De esta manera, queda confirmado el principio de derecho, enunciado más arriba (§ 158), de que, en caso semejante, la donacion resulta de la remision de la deuda de la cual es acreedor el donante, es decir, remision de la suma que hubiera podido reclamar por la *negotiorum gestorum actio*, si, al expresar la intencion de donar, no hubiese impedido, desde luego, el nacimiento de este crédito.

§ CLXXV.—V.—*Donacion:—Especies particulares.*—II. *Donatio sub modo.*

El *modus* como forma especial de una carga impuesta á una adquisicion, no existe, en general, sino para las sucesiones y las donaciones (§ 128). Este modo imprime á la donacion un carácter particular que trato de estudiar ahora.

Absorbiendo la obligacion contenida en el *modus* una parte del beneficio originario, dá por resultado un acto mixto (§ 154), cada uno de cuyos elementos, obligacion y donacion, debe ser separadamente examinado.

I. *Obligacion.*—La obligacion puede tener por objeto una prestacion en favor del donante mismo ó de un tercero, ó un acto que no confiera derechos á ningun indivíduo, tal como la ereccion de un monumento ó la fundacion de un establecimiento público (§ 128). Hé aquí ahora las vías de derecho peculiares á estas diversas obligaciones.

A. Cuando el objeto del *modus* es una prestacion en favor del donante mismo, este interés pecuniario dá lugar á una accion que es la de la estipulacion, cuando á la donacion se ha añadido una estipulacion referente al *modus*. Tiene además el donante la *actio praescriptis verbis;* porque toda *donatio sub modo* contiene un contrato bajo la forma *do ut des*, ó bien *do ut facias*. Las diversas aplicaciones de este principio importante son las siguientes: El donatario puede ser obligado á suministrar alimentos al donante *(a)* ó á otra

(*a*) L. 3, C. de contr. emt. (IV, 38); L. 8, C. de rer. permut. (IV, 64).

prestacion parecida *(b)*, ó bien á restituir la donacion misma bajo una cierta condicion, ya en una época determinada por ejemplo, cuando ocurra su muerte *(c)*, ya al primer requerímiento del donante *(d)*. Pero este no puede ejercitar por sí mismo ninguna accion, si el objeto del *modus* es una prestacion á favor de un tercero, porque es un principio general que el contrato hecho en beneficio de un tercero no atribuye accion ni á la parte contratante, ni á este tercero *(e)*.

En todo caso, cualquiera que sea la prestacion contenida en el *modus*, tiene el donante una *condictio ob causam datorum* para hacerse restituir la cosa donada, siempre que el donante falte voluntariamente á sus compromisos *(f)*. Y aunque el donante no tuviese ningun interes en su ejecucion, no por eso dejaría de existir la *causa non secuta*. Por otra parte, la accion no procede sino con las dos restricciones siguientes, indicadas ya con anterioridad. En primer lugar, la *condictio* no procede cuando la ejecucion del compromiso es imposible *(g)*; pero es necesario que la imposibilidad provenga de causas anteriores y no de la falta del donatario. En segundo lugar, la *condictio* no puede ejercitarse en tanto que la obligacion contenida en el *modus* no sea exigible y se haya realizado solamente la donacion resultante del acto mixto *(h)*. Vemos, pues, una diferencia notable entre

---

(b) L. 9, 22, C. de don. (VIII, 54).

(c) L. 2, C. de don. quæ sub modo. (VIII, 55).

(d) L. 37, § 3, de leg., 3 (XXXII, un).

(e) L. 11, de O. et A. (XLIV, 7); L. 9, § 4, de reb. cred. (XII, 1), § 4, J. de inut. stip. (III, 19).

(f) Los textos decisivos son: L. 3; L. 8, C. de cond ob. causam (IV, 6). Las L. 2, y 6, eod. son ménos explícitas.

(g) L. 8, C. de cond. ob causam (IV, 6). «Dictam legem donationi, *si non imposibilem contineat causam.*» Aquí el *modus*, en materia de donaciones se asimila al *modus* en materia de sucesiones y legados (§, 129. *i*). La L. 2, § 7, de don. (XXXIX, 5) ofrece sólo una contradicion aparente. Si una persona dona á otra un dinero para comprar el esclavo Estico, este acto puede constituir una donacion pura, respecto á la cual la compra hubiera sido solamente la ocasion, y entónces no se admite la *condictio*, ni áun en el caso de la muerte del Estico. Pero si el dinero ha sido donado para procurar un buen señor á Estico y no para enriquecer al comprador, entónces no hay donacion, y la *condictio* se ejercita, como se ejercitaría por consecnencia de cualquier contrato innominado.

(h) L. 18, pr., de don. (XXXIX, 5). «Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, *obligationem non contrahi eo casu quo donatio*

este caso y los otros contratos innominados en que la *condictio* puede ejercitarse arbitrariamente, en virtud del *jus pœnitendi*, aunque el donatario nada tenga que reprocharse *(i)*. El *jus pœnitendi* no se aplica nunca á la *donatio sub modo (k)*, por el motivo de que en ella la parte del acto que constituye la donacion es inseparable del *modus*, de suerte que no se puede reconocer cuál ha sido la intencion que ha dominado en el donante *(l)*. Una vez expedita la condictio, parecería que el valor susceptible de reclamacion es el del *modus* y no el de la donacion propia, así, tratándose de una casa que vale mil escudos donada con la carga de prestaciones que importen doscientos escudos, al parecer deberán solo reclamarse estos doscientos escudos y no los ochocientos destinados á enriquecer al donatario, y, sin embargo, la casa debe ser restituida por entero, decision que se funda en la indivisibilidad del acto y además en la ingratitud evidente que manifiesta el donatario al rehusar la ejecucion del *modus (m)*. Así es que Justiniano ha colocado esta falta de ejecucion entre los casos de revocacion por causa de ingratitud (§ 169), y esta prescripcion, nada indispensable para la práctica, nos prueba que el antiguo derecho fundaba en la ingratitud esta extension de la *condictio*. Existe un caso en que el donante que quiere hacerse restituir la cosa donada tiene un derecho de revocacion independiente de la accion personal: este caso es aquél en que el donatario re-

---

est.» El § 1 contiene la aplicacion siguiente de esta regla: «Si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquenium manumittas, *non posse ante quinquenium agi, quia donatio aliqua inesse videtur*. Aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim *nec donationi locum esse; et ideo esse obligationem.*»

(i) L. 3, § 2, 3; L. 5, pr., § 1. 5, de cond. causa data (XII, 4).

(k) Esto se expresa claramente en la L. 18 de don. (nota *h*). La L. 27, § 1, mand. (XVII, 1) y la L. 5, § 1, de cond. causa data (XII, 4) no ofrecen más que una contradiccion aparente. Pero en estos dos textos es preciso suponer que el que ha entregado el esclavo no tuvo la intencion de donar, y efectivamente nada indica esta intencion. La L. 18, § 1, de don. (XXXIX, 5) se refiere á casos semejantes. Véase Meyerfeld, I, p. 416.

(l) En este punto se aplica el principio de la L. 5, § 2, de don. int. vir. Véase § 152, *b*. Si el conjunto del acto vale como donacion es á causa de que, en la mayor parte de los casos de *donatio sub modo*, predomina el *donandi animus*.

(m) Sin esta última consideracion no hubiera podido servir de fundamento la indivisibilidad del acto para rehusar la condictio (nota *l*). En este punto se ha preferido, con razon, la equidad práctica á las consecuencias rigurosas de la lógica.

husa al donante los alimentos que le asegura el *modus*. Pero este recurso, separado de los principios generales, tiene una naturaleza enteramente positiva y no debe extenderse más allá de este caso especial *(n)*.

C. Cuando el objeto del *modus* es una prestacion en favor de un tercero, no tenía éste en el antiguo Derecho ninguna accion (nota *e*), porque para ello hubiera debido intervenir en el contrato y estipular por sí mismo el *modus*. El nuevo Derecho le concede una *utilis actio* (*o*), lo cual constituye, sin duda alguna, una innovacion, é importa determinar á qué institucion se refiere y sirve de complemento. Se ha dicho que esta accion se deriva de una cesion tácita que se entiende hecha por el donante al tercero favorecido *(p)*, explicacion que es evidentemente inadmisible. En efecto, el donante no hubiera podido ceder más que la *actio prescriptis verbis* ó la *condictio;* pero, en el caso de que se trata, esto es, la prestacion en favor de un tercero, no le pertenece la primera de estas acciones (nota *e*); ¿cómo, pues, había de cederla? En cuanto á la cesion de la *condictio* daría por resultado que el tercero podría reclamar, no sólo la ejecucion del *modus*, sino tambien la donacion misma; de manera, que si, por ejemplo, se había donado una cosa con la carga de suministrar alimentos á un viejo servidor, podría éste reclamar en justicia, no sólo los alimentos que le rehusára el donatario, sino la cosa misma por entero *(q)*; y como esto no es sostenible, la idea de una cesion tácita debe ser por completo rechazada. Hé aquí ahora, á mi entender, el ver-

---

(*n*) L. 1, C. de don. quœ sub modo (VIII, 55). Meyerfeld. I, p. 413.

(*o*) L. 3, C. de don. quæ sub modo (VIII, 55). Es un rescripto de Dioclesano y de Maximiano, que se encuentra tambien en los Fragm. Vat., § 286. La introduccion del nuevo principio se atribuye á los *divi principes*. La analogía que presenta la L. 8, C. ad exhib. (III, 42), es sólo aparente. En esta ley uno había entregado á título de préstamo y de depósito la casa de otro, bajo la condicion de restituirla al propietario: este último tiene, consiguientemente, la *utili depositi actio*. La accion se funda en una cesion necesaria, es decir, ficticia: pues el deponente podía ser obligado, como mandatario ó *negotiorum gestor*, á ceder su *depositi actio* al propietario de la cosa.

(*p*) Meyerfeld, I, p. 422.

(*q*) En la L. 3. C. cit., este punto importante pasa desapercibido porque, en el caso del rescripto, la restitucion de la cosa misma al tercero, despues de cierto plazo, constituye precisamente el *modus*.

dadero encadenamiento de las ideas respecto de esta materia. El que recibe una *mortis causa donatio* puede ser encargado, como el legatario, de un fideicomiso (§ 173, *u*). Una constitucion de Antonino Pío extendió este principio á las donaciones revocables entre vivos (§ 173, *y*). Sus sucesores, los *divi principes*, no hicieron más que continuar este desenvolvimiento, al someter al mismo régimen las donaciones verificadas con la carga impuesta al donatario de una prestacion á favor de un tercero. Así, pues, se siguió en este punto la analogía de los fideicomisos, por más que la nueva regla excediese en mucho de la verdadera naturaleza de éstos.

II. *Donacion.*—Paso ahora á ocuparme de la parte del acto que constituye la donacion, y trataré de mostrar de qué manera las disposiciones restrictivas de la donacion son aplicables á este acto.

La *donatio sub modo* es nula entre esposos, como cualquiera otra especie de donacion. Una vez restituida ésta queda libre el donatraio de todas sus obligaciones. Si éste había hecho gastos para el cumplimiento del *modus*, estos gastos disminuyen el valor de la donacion, y el donante debe tenerlos en cuenta, aunque no se hayan hecho por su voluntad (§ 150, *a*).

Las demás restricciones positivas se aplican tambien segun el mismo principio. Así, cuando la donacion se anula, las prestaciones debidas por el donatario se extinguen en beneficio suyo; las ya entregadas, constituyen una reduccion parcial de la donacion, segun la voluntad misma del donante; y para estos efectos no hay necesidad de distinguir si la donacion es absolutamente nula, como, por ejemplo, por falta de insinuacion, ó si es preciso hacerla revocar, como en el caso de ingratitud.

La mayor parte de estos principios se aplican sin dificultad alguna al derecho actual; sólo la *conditio* dirigida contra el donatario que rehusa ejecutar las cláusulas de la donacion sería inaplicable hoy por referirse esta accion á la naturaleza de los contratos innominados *(r)*. Pero como Justiniano colocó esta circunstancia entre los casos de re-

---

(*r*) Glück, tomo IV, p. 294, tomo XIII, p. 48. Esta doctrina no deja de tener impugnadores.

vocacion por causa de ingratitud (§ 169), este derecho del donante es incontestable.

§ CLXXVI.—V.—*Donacion.—Legislaciones nuevas.*

El Código prusiano trata de las donaciones en el Th. I, tit. XI, § 1.037-1.177; el Código austriaco § 938-956. El Código civil francés reune en el mismo título las donaciones y los testamentos; las reglas comunes á estas dos instituciones se encuentran en los artículos desde el 893 hasta el 930; las reglas especiales de las donaciones, arts. 931-966 y tienen por base la ordenanza de 1831, redactada por el canciller d' Aguesseau. Siendo mi objeto comparar, sobre la materia de donaciones, estas legislaciones diversas con el derecho romano, tomaré como punto de partida las reglas puramente positivas de este derecho, es decir, las tres clases de restricciones que respecto á donaciones había establecido.

I. La prohibicion entre esposos se rechaza por el Código prusiano *(a)* y por el Código austriaco (§ 1246). El Código civil francés sigue absolutamente al derecho romano, puesto que declara revocables siempre todas las donaciones hechas entre esposos, durante el matrimonio (art. 1.096). El derecho de revocacion sustituye á la nulidad, que establecía el derecho romano, modificacion que no ofrece gran interés en la práctica. Más importancia tiene la cuestion de saber si estas donaciones se hacen irrevocables por la muerte del donante; punto sobre el cual nada dice la ley; pero la jurisprudencia está enteramente conforme con los principios del derecho romano *(b)*.

II. Las formalidades especiales exigidas para la validez de las donaciones ofrecen gran diversidad y todas se motivan en que las donaciones se prestan al abuso mucho más que la mayor parte de los contratos. A este respecto, el derecho romano actual es defectuoso, puesto que no exige la insinuacion judicial, sino para una suma bastante crecida,

---

(a) A. L. R., II, 1, § 310. Sólo en caso de concurso tienen los acreedores ciertos derechos de que carecen en cualquier otro caso. A. L. R., II, 1, § 312, y Anhang zum L. R., § 74, relacionados con I, 11, § 1.129 y siguientes.

(b) Toullier, Droit civil, t. V, § 918.

sin tener en cuenta en ningun caso la fortuna del donante. No alcanzando á esta suma no impone á la donacion ninguna forma positiva, y aún le concede mayor libertad que á la mayoría de los contratos, pues concede una accion á la simple promesa hecha sin estipulacion. Las legislaciones nuevas están exentas de semejante defecto.

El Código austriaco ha seguido una marcha muy sencilla: las formalidades que exige son una promesa por escrito ó la tradicion (§ 943). Una y otra bastan para la validez de la donacion más importante, áun la de todos los bienes presentes; en cuanto á los futuros, sólo puede donarse la mitad (§ 994) de ellos.

La ley francesa ofrece más dificultades. Bajo la forma de una generalidad aparente, exige en primer lugar, la aceptacion (art. 894-932), de que hablaré más abajo, y además un acto ante Notario (art. 931). Por lo demás, estas formalidades no son necesarias para todas las donaciones, sino para todos los *actos* que lleven en sí una donacion entre vivos, lo cual ha originado la interpretacion siguiente que parece haber sido generalmente adoptada. Cuando, con tradicion inmediata, se donan cosas muebles, la donacion es válida áun sin acta notarial. Cuando la donacion es irregular, á causa de la ausencia de Notario ó de la falta de aceptacion, la toma de posesion del donatario (ejecucion voluntaria) cubre estos vicios de forma *(c)*. La extension de la donacion, en cuanto á los bienes presentes, es ilimitada; pero si comprende bienes futuros es nula en este respecto (art. 943) (*d*). Por último, cuando han sido observadas las formas prescritas, la donacion es perfecta sin que haya necesidad de tradicion: el acto pasado ante el Notario trasfiere inmediamente la propiedad (art. 938).

El código prusiano es el que exige las formalidades más

(c) Maleville, sobre el art. 931. Toullier, t. V. § 172, 173, 177, 179, 189, 190.—Segun el art. 939, pudiera creerse que es una condicion esencial para la validez de las donaciones de inmuebles, la trascripcion de estos actos en los registros de hipotecas: pero este artículo significa solamente que á falta de trascripcion no puede ser la donacion opuesta á un tercero, art. 941.

(*d*) No á causa del peligro de las donaciones excesivas, sino á consecuencia del art. 944, que declara núla toda donacion hecha bajo condiciones cuya ejecucion dependa de la voluntad del donante, la cual puede ser de no adquirir bienes en lo sucesivo. Toullier, t. V. § 223, 224.

rigurosas. Toda donacion puede hacerse judicialmente; pero la simple promesa da tambien lugar á una accion (§ 1063-1064-1069). Se necesita tambien la tradicion, y además, para los inmuebles, un acta escrita; sin embargo, esta donacion extrajudicial es revocable, durante seis meses, al arbitrio del donante (§ 1065-1068-1090). Independientemente de estas formalidades la misma donacion verificada judicialmente es revocable durante tres años si comprende más de la mitad de los bienes (§ 1091 y sig).

III. La revocacion por causas determinadas ha sido regulada de la manera siguiente *(e)*.

Los tres legisladores concuerdan en considerar la ingratitud como motivo de revocacion; pero difieren en cuanto á la naturaleza de los actos por los cuales esta ingratitud se manifiesta. El código austriaco somete este derecho de revocacion á una prescripcion de tres años, dentro de cuyo intervalo puede ser ejercitado por los herederos y contra los herederos de ambas partes. (§ 948-949-1487). El código prusiano no concede el derecho de revocacion á los herederos del donante, sino en casos excepcionales; pero no lo somete á ninguna prescripcion especial (§ 1151-1161). Segun el código fracés el derecho de revocacion prescribe por un año y no puede ser ejercitado ni por los herederos del donante ni contra los herederos del donatario (arts. 955-957).

Una nueva causa de revocacion parcial es el estado de pobreza del donante, sobrevenido despues de la donacion. En este caso puede el donante reclamar los intereses de la suma que la donacion importe. El interes, segun la ley prusiana, es el 6 por 100 (§ 1123); segun la austriaca, el interes legal (§ 947), esto es, 4 por 100 (§ 995). La ley francesa no admite esta causa de revocacion.

El donante á quien le sobrevienen hijos despues de la época de la donacion puede revocar ésta, segun la ley prusiana, si se hizo por simple promesa y sin tradicion (§ 1140,

---

(e) Intencionalmente no me ocupo aquí más que del derecho de revocacion que pertenece al donante, y omito el que á reserva de éste pertenece á los acreedores y herederos, porque estos derechos no pueden ser bien comprendidos sino en sus relaciones con otras instituciones jurídicas.

1150). La ley austriaca no admite esta causa de revocacion; pero cuando el donante á quien nacen hijos es además pobre, sus herederos tienen derecho al interes legal (§ 954). El código francés, no solamente autoriza la revocacion, sino que declara, en este caso, revocada la donacion de *pleno derecho*, sin que haya necesidad de verificar ningun acto para ello (art. 960). Esta regla sufre una excepcion muy natural: cuando la donacion se había verificado entre esposos que carecían de hijos, el nacimiento de estos no anula la donacion de pleno derecho, sino que el donante conserva su derecho general de revocacion (art. 1096).

Por último, el legislador francés es el único que ha reproducido (art. 954) la disposicion del derecho romano que declara revocable la donacion cuando el donatario rehusa el cumplimiento de las condiciones que á ella se impusieron. Las otras dos legislaciones no han admitido este principio.

Comparadas estas prescripciones de las legislaciones modernas con las del derecho romano, nos ofrecen pues, analogías y diferencias. Vemos en ellas, además, bien pocos vestigios de las disposiciones tan cuidadosamente elaboradas por el derecho romano sobre la definicion de la donacion y el lugar que ésta ocupa entre los diversos actos jurídicos. En su consecuencia, podría servir el derecho romano de complemento á estas legislaeiones, á ménos que no se hallaran en contradiccion con sus disposiciones formales, lo cual ocurre algunas veces, no porque los legisladores hayan querido separarse del derecho romano, sino porque no han visto con entera claridad sus principios, ni han percibido las relaciones que entre ellos median. Por mi parte, trataré de resumir mis observaciones sobre la naturaleza que la donacion ofrece en las legislaciones modernas.

El Código prusiano establece como regla general que la donacion debe ser aceptada (§ 1058), y por tanto, parece excluir la donacion unilateral que en derecho romano se verificaba cuando se pagaba ó se aceptaba la deuda de un tercero, ignorándolo éste. Y esta exclusion no parece originada por un defecto de redaccion; pues otros textos establecen formalmente que semejantes actos constituyen siempre un derecho para repetir á título de mandato ó de *negotiorum*

gestio (*f*); de manera que el legislador supone que tales actos no pueden realizarse con la intencion de donar, ó que esta intencion no debe tener ningun efecto jurídico, en tanto que no haya sido consignada en un contrato. El derecho romano decide que renunciar á adquirir un derecho no constituye una enajenacion, y por tanto esta renuncia no puede valer como donacion (V. más arriba § 145). El Código prusiano establece el mismo principio en el título de las donaciones, por más que en otras partes parezca decir lo contrario (*g*).

El Código austriaco no reconoce otras donaciones que las que resltan de un contrato ó de una tradicion (§ 943). El carácter de los actos unilaterales hechos con el fin de enriquecer á un tercero, ofrece aquí pocos inconvenientes, porque está formalmente prohibido el pagar la deuda de otro sin el consentimiento de éste (§ 1423). Tambien se afirma que la renuncia á la adquisicion de un derecho no constituye una donacion (§ 939).

Segun el Código francés la aceptacion es una de las condiciones esenciales de la donacion; de donde parece deducirse que la donacion unilateral debe estar prohibida como en Prusia; sin embargo, el Código civil, de igual modo que el derecho romano, permiten extinguir la deuda de un tercero, sin que éste lo sepa, por medio del pago ó la novacion (art. 1236-1274). La doctrina de los jurisconsultos va todavía más allá de la letra de la ley. Sientan como principio que las donaciones indirectas no están sujetas á revocacion, y entre las donaciones indirectas colocan la dona-

---

(*f*) A. L. R., I, 14, § 406; I, 16, § 45.

(*g*) A. L. R., I, 1039. «La simple renuncia á un derecho *adquirido pero no exigido todavía* no está sometida á las reglas establecidas para las donaciones.» Por otra parte se lee, I, 16, § 393: «La renuncia á un derecho *adquirido* ó *futuro*, pero cierto, vale como donacion.» Daré la preferencia al primer texto, porque es más conforme con la naturaleza de la donacion, y porque, incluyéndole en el título de las donaciones, debían tener los redactores más presente al formularlo el conjunto de que los principios que rigen sobre la materia. Se ha tratado de resolver la contradiccion diciendo que el primer texto se aplica á las sucesiones deferidas, pero no aceptadas, (lo cual es cierto), y que el segundo habla de la renuncia de una *obligatio ex die* (Schröter, System des allg. Landrecht, tomo I, pág. 43); pero no puede considerarse como derecho futuro una *obligatio ex die*, ni oponerla á un derecho adquirido, porque semejante obligacion es un derecho completamente adquirido á pesar de la restriccion puesta á su ejercicio.

cion de una deuda *(h)*. Así, pues, al mismo tiempo que sostienen que sin tradicion y sin acta notarial no hay donacion verdadera, afirman que la remision de una deuda no está sometida ni á la formalidad del acta notarial, ni á la revocacion. Semejante doctrina manifiesta que se contentan con obedecer la letra de la ley sin inquietarse por su espíritu. En efecto, ¿cuál es la causa de que el legislador exija más formalidades para una promesa de donacion que para una donacion que se realice por la tradicion? Indudablemente, porque haciendo ménos impresion la promesa verbal que la presencia sensible del objeto, es aquella más peligrosa para la lijereza y debilidad de carácter; luego si la remision de una deuda ofrece los mismos peligros que una promesa, ¿por qué no ha de someterse á las mismas formalidades? Más difícilmente todavía se comprende la razon de que la remision de una deuda no se sujete á revocacion, pues si el que dona una suma de dinero constante ó la promete por acta notarial, puede revocar su donacion en los casos de ingratitud, nacimiento de hijos, ó si el donatario es su cónyuge, el mismo título al derecho de revocacion tiene el acreedor de semejante suma que hace gratuitamente remision de su crédito; acto que entre las partes produce precisamente los mismos efectos que si el dinero hubiera pasado de una mano á otra. Esta distincion arbitraria proporciona además un medio muy fácil de eludir la ley: basta para ello prestar y hacer en seguida remision de la deuda.

Las donaciones y los testamentos presentan una gran analogía en cuanto á las condiciones que se les pueden imponer; asi, las condiciones imposibles ó inmorales insertas en una donacion ó en un testamento se reputan como no escritas, mientras que en cualquiera otro contrato anularían la obligacion (§ 124, *k*).

§ CLXXVII.—VI.—*El tiempo como parte integrante de los actos jurídicos.* (Introduccion).

En varias instituciones importantes encontramos una relacion de tiempo como parte integrante de los hechos que

---

(*h*) Toullier, t. V, § 312. Se apoya en la autoridad de Pothier.

sirven de base á una regla general y entónces nos aparece dicha relacion como una de las condiciones de donde depende la adquisicion ó la pérdida de un derecho. Cualquiera que sea la diversidad de estas instituciones, cualquiera que sea la diferente influencia que sobre ellas ejerza el tiempo, en todas tiene éste la misma significacion y está sometido á una aplicacion uniforme. Ahora bien, este elemento comun forma el objeto de la presente indagacion.

Ante todo, voy á enumerar todas las instituciones en que se revela la influencia del tiempo.

Primera clase. Contiene los casos más numerosos y más importantes: la existencia del derecho depende de la actividad ó de la posibilidad humana, esto es, de que una accion ejercitada ó sufrida voluntariamente haya durado un determinado período de tiempo. En esta clase se colocan:

1. La antigua institucion de la usucapion, segun la cual se adquiere la propiedad por el hecho de la posesion continuada sin interrupcion durante un cierto espacio de tiempo. A la usucapion se refieren como desenvolvimientos directos el *no uso* de las servidumbres y su *longa possesio*, establecida más tarde (*a*). La lengua alemana tiene una palabra (Ersitzung), que comprende estas diversas instituciones. En virtud de una vana abstraccion de los jurisconsultos modernos se ha pretendido sacar de la usucapion un medio general de adquirir, bajo el nombre de *præscriptio acquisitiva*, de la cual hablaré más adelante.

2. La prescripcion de las acciones, es decir, la pérdida de una accion por el silencio no interrumpido del que tenía derecho á ejercitarla. Esta clase de prescripcion fué duran-

---

(*a*) Hasta cierto punto puede incluirse en la misma clase la libertad que resulta para el esclavo de una posesion continuada del carácter de libre, durante veinte años, con título y buena fé. L, 2, C. de longi temp. præscrip. quæ pro lib. (VII, 22). Y ciertamente se lee al principio de este texto: «præscriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse debeat,» y aunque lo trascrito podría significar una simple excepcion contra la reivindicacion ejercitada por el señor, las palabras que siguen parecen decisivas: «ut et liberi et cives Romani fiant.» El lugar que asigno aquí al *no uso* resulta de una doctrina sobre la naturaleza de la usucapion, doctrina que fijaré cuando trate del derecho de las cosas. Segun la teoría generalmente adoptada debía colocarse el *no uso* entre los casos del núm. 3.

te largo tiempo desconocida. Se la admitió primeramente en ciertos casos excepcionales cuyo número fué sucesivamente aumentando. Las acciones pretorianas, por ejemplo, fueron de las primeras á quienes se aplicó, y prescribian ordinariamente por un año *(b)*. Por último, la prescripcion se extendió como principio general y absoluto á todas las acciones; y de esta manera llegó á ser una de las instituciones más comprensivas é importantes. En este punto tambien los jurisconsultos modernos, por una abstraccion arbitraria, han inducido de esta institucion especial á las acciones un medio general de extinguir los derechos bajo el nombre de *praescriptio extinctiva.*

3. Un cierto número de casos aislados que no podrían reunirse bajo una misma denominacion. Tienen estos casos de comun con la prescripcion de las acciones que el silencio del que posee el derecho, continuado durante cierto espacio de tiempo, entraña la pérdida del derecho mismo; lo cual ha inducido á los jurisconsultos modernos á identificarlos con la prescripcion, encontrando así una aplicacion importante, pero falsa y engañosa, la abstraccion que acabo de señalar de una *praescriptio extinctiva*. Hé aquí estos casos aislados:

a. La antigua prescripcion de los *legitima judicia* que era de un año y medio despues del principio del procedimiento *(c)*.

b. La restitucion que primeramente se concedió sólo durante un año y despues durante cuatro. En otro tiempo difería esencialmente de la prescripcion de las acciones; pero cuando trate de ella se verá que en el derecho moderno se ha verificado la fusion de ámbas instituciones.

c. Los siguientes plazos fijados en la ley en materia de procedimientos: A), los treinta dias del *judicatus* fijados en la ley de las Doce Tablas, al fenecimiento de los cuales comenzaba la ejecucion forzosa *(d)*; B), los cuatro meses, con-

---

(b) Para la prescripcion de un año es ménos frecuente la designacion *temporis præscriptio* ó *exceptio* que para las prescripciones de mayor tiempo; sin embargo, se encuentra tambien en los textos la frase «annua exceptio.» L. 30, § 1, de peculio, (XV, 1); L. 15, § 5, quod vi (XLIII, 24).

(c) Gaius, IV, § 104.

(d) Era permitido siempre prorogar este plazo. L. 31; L. 7, de re jud.

tados desde el juicio, despues de los cuales empiezan en el derecho nuevo los intereses judiciales *(e)*; C), el plazo de diez dias para la apelacion; D,) los tres dias durante los cuales un litigante puede rectificar el error de su abogado *(f)*.

d. El plazo para pedir la *bonorum possessio* que es, segun los casos, de un año ó de cien dias.

e. La prescripcion de la *exceptio non numeratae pecuniae* *(g)*.

f. El plazo de dos años, despues del cual acababa en el antiguo derecho la obligacion del *sponsor* y del *fidepromissor* *(h)*.

g. El de tres ó doce meses para que el heredero haga el inventario *(i)*.

h. Los cincuenta dias para pedir la dispensa de la tutela *(k)*.

i. Los setenta dias durante los cuales el comprador puede excepcionar el *pactum displicentiae* *(l)*.

j. Los dos años que siguen á la denuncia, durante los cuales un deudor puede impedir la venta de la prenda que ha donado. Los dos años que siguen á la adjudicacion de la prenda al acreedor durante los cuales el deudor puede rescatar su prenda.

k. Por último, ciertos casos en que la pérdida del derecho tiene el carácter de una pena, como sucede en los que á continuacion se mencionan. El copropietario de una casa en construccion, pierde su derecho de copropiedad si deja pasar cuatro meses sin contribuir á los gastos de construc-

---

(XLII, 1). Para los *extraordinaria judicia* no existe otro plazo que el fijado por el juez. L. 2, eod.

(e) L. 2; L. 3, pr. C. de us. rei jud. (VII, 51); L. 13, C. de usuris, (IV, 32). Otras veces el plazo era de dos meses. L. 3, § 1, C. cit.; L. un., C. Th., de usur. rei jud. (IV, 19). Acaso se haya formado este plazo de dos meses añadiendo á los 30 dias de las XII Tablas, los 30 de la *præscriptio*. Gayo, IV, § 78, 79.

(f) L. 3, C. de error. advoc. (II, 10).

(g) Sometida, como es sabido, á plazos muy diferentes, puede comparársele como prescripcion de una excepcion la de 15 dias establecida por el derecho canónico para la *exceptio spolii*.

(h) Gayo, III, § 121.

(i) § 16, J. de excus. (I, 25).

(k) L. 22, § 2, 3, C. de j. delib. (VI, 30).

(l) L. 31, § 22, de ædil, ed. (XXI, 1).

cion *(m)*. Se pierde la enfitéusis y el arrendamiento por la falta de pago de lo pactado durante un tiempo determinado *(n)*. El heredero que deja pasar cierto tiempo sin cumplir la voluntad del difunto, pierde su derecho de sucesion *(o)*. Tambien lo pierde la madre heredera que deja pasar un año sin nombrar tutor á sus hijos *(p)*.

Segunda clase. Adquisicion ó pérdida de un derecho á causa de la duracion no interrumpida, durante un espacio de tiempo determinado, de un estado independiente de la voluntad humana.

En esta clase se colocan las diferentes edades que confieren al hombre ciertos derechos, como por ejemplo, la capacidad de obrar, ó los extinguen, como la facultad de obtener la restitucion. A ella pertenece tambien los diez y ocho años que debe haber de diferencia entre la edad del adoptante y la del adoptado. De igual modo el plazo que se concede despues de la disolucion del matrimonio para la restitucion de los diversos bienes en que la dote consiste *(q)*.

Tercera clase.—Asociacion de un derecho á una relacion individual de tiempo en donde no se trata del trascurso del período entero, sino de un hecho ó de una circunstancia ocurrida dentro de cierto plazo.

A esta clase pertenecen la doble estimacion de daños autorizada por la *actio Legis Aquiliae*, pues el demandante puede escoger, dentro del último mes, y algunas veces dentro del año último, el momento que ha de servir para determinar la estimacion más elevada del daño.

La presuncion de paternidad, ligada al hecho de que en un tiempo determinado, ántes del nacimiento del hijo, pero

---

(m) L. 52, § 10, pro soc. (XVII, 2); L. 4, C. de ædif. priv. (VIII, 10).
(n) L. 2, C. de j. emph. (IV, 66).—L. 54, § 1; L. 56, locati, (XIX, 2).
(o) Nov. 1, C. 4.
(p) L. 2, § 43, ad Sc. Tertull. (XXXVIII, 17). Esta regla subsistió en tanto que la madre tuvo necesidad, para recoger la sucesion de sus agnados, de invocar el *jus singulare* establecido por el senado-consulto; pero despues heredó con arreglo al derecho comun, como todos los demás ascendientes, y por tanto, sin restriccion alguna.
(q) Segun el derecho antiguo, *annua, bima, trima die* para las cosas fungibles; segun el derecho nuevo, despues de un año para la totalidad de la dote, exceptuando los inmuebles dotales que deben entregarse inmediatamente.

no durante toda la extension de este tiempo, la madre haya vivido en matrimonio.

Por último, los casos siguientes, que han solido colocarse equivocadamente entre los de prescripcion de acciones. El interdicto de *itinere* que depende de la circunstancia de que, durante el último año, el demandante haya hecho uso del camino, al ménos por espacio de treinta dias (*r*); el interdicto de *agua* que depende tambien del uso del agua durante el último año (*s*); el antiguo interdicto *utrubi* que se concede de igual modo cuando, en el año último, el demandante había poseido la cosa durante mayor tiempo que su adversario (*t*). En ninguno de estos casos hay en realidad prescripcion de acciones, puesto que ninguno de ellos implica pérdida de accion por falta de ejercicio, que es la base de esta clase de prescripciones; la regla significa, por el contrario, que fuera de las relaciones de tiempo que determina no existe posesion que merezca la proteccion de los interdictos.

Tienen de comun los diferentes casos comprendidos en estas tres clases, que una regla general jurídica liga la existencia de un derecho con una relacion de tiempo. Pero independientemente de esta regla general, puede una voluntad individual producir efectos semejantes, como sucede con los que resultan de una decision judicial que fije un plazo del procedimiento no regulado por la ley; de los *moratoria* que emanan de un soberano, y por último, de la voluntad de las partes expresada en un contrato ó en un testamento (*u*). Estos casos difieren esencialmente de los enumerados más arriba; pero tienen un punto de semejanza que consiste en que, tanto para los unos como para los otros, debe ser rigurosamente determinada la relacion de tiempo (*v*).

(*r*) L. 1, § 2, 9, de itin. (XLIII, 19).

(*s*) L. 1, § 4, 31, 34, de aqua (XLIII, 20).

(*t*) L. 1, pr. de utrubi (XLIII, 31); Gayo, IV, § 150, 152. Se sabe que en el último estado del derecho se derogó esta regla y no quedó más que la prescripcion pura como para el interdicto *uti posidetis*.

(*u*) Ya me he ocupado de estos últimos casos, § 125, 127.

(*v*) Algunos autores modernos han designado estos tres últimos casos con el nombre poco feliz de *præscriptio judicialis, testamentaria*

Por el sumario resúmen que antecede se verá que los casos que forman la primera clase son los más importantes; y por esta razon voy á hacerlos objeto de algunas consideraciones generales.

Desde luego puede preguntarse el motivo de haberse ligado la adquisicion ó la pérdida de un derecho á una actividad ó á una pasividad no interrumpida. En general, las disposiciones de este género han sido motivadas por la necesidad de fijar de una manera cierta la existencia de las relaciones de derecho y principalmente las que se refieren á la extension de los bienes de cada uno; á este efecto, era necesario encerrar en el más corto plazo posible las incertidumbres inevitables en semejante materia, y tal es el verdadero fin de la usucapion, de la prescripcion de acciones, de los plazos de procedimientos y de todas las reglas relativas á los casos de la primera clase. Este es al menos el que puede llamarse aspecto positivo del asunto; pero tiene tambien su lado negativo representado como un castigo de la negligencia. Fijándose en esta expresion podría creerse que en este punto se considera la inaccion como cosa injusta y digna de castigo, ó al ménos como causa de perjuicios á la cual es preciso oponer remedios artificiales; pero en realidad no es así, pues este aspecto negativo del asunto aparece sólo como una contestacion á la objecion, que en esta materia suele hacerse, de que, para llegar á un fin apetecible, abandona arbitrariamente la ley á los que contra su deseo esperimentan una pérdida real. En efecto, suele decirse que si la usucapion regula definitivamente la propiedad, y si la prescripcion de acciones evita pleitos para lo futuro, lo cierto es que un propietario anterior puede encontrarse despojado de su propiedad ó un acreedor de su accion; pues bien, á esto se responde que el propietario y el acreedor eran libres de obrar para evitar este perjuicio, de manera que á ellos mismos deben imputárselo, y esto es lo que significa la expresion castigo de la negligencia. Verdad es que hasta cierto punto implica tambien la regla un medio indirecto de coaccion para obligar á obrar al poseedor del derecho; pero

---

conventionalis con el fin de comprenderlas bajo la idea general de prescripcion.

éste es un beneficio que cada uno debe á la utilidad pública.

A tales motivos añádese otro muy diferente y de una gran importancia práctica, aunque de muy restringida aplicacion. En muchos casos, no en todos, la usucapion no significa un cambio de propiedad sino que sanciona una modificacion ya antigua y cuya prueba no existe. De igual manera la prescripcion de las acciones no siempre despoja á un acreedor de su derecho; frecuentemente la deuda estaba desde largo tiempo extinguida y la accion con élla; de modo, que la prescripcion no hace entónces más que suplir una falta de prueba. En estos límites puede, pues, representarse la usucapion como una propiedad presunta, y la prescripcion como el presunto pago de una deuda; punto de vista verdadero é importante, pero que es preciso no extender demasiado, pues en muchos casos dejaría de ser cierto á causa de circunstancias particulares ó de la naturaleza general de la accion. Esta presuncion, además, sólo es aplicable á la usucapion y á la prescripcion de las acciones, así, nada justificaría, y sería una estéril tentativa, su extension á los plazos de la *bonorum possessio* y de la restitucion, ó á los del procedimiento.

Por último, varios autores han creido que el abandono era la base de las reglas de la primera clase *(w)*; segun lo cual sería preciso suponer que el que ha sido despojado de su derecho lo ha abandonado voluntariamente. En la mayor parte de los casos la suposicion de semejante voluntad es tan arbitraria como desnuda de fundamento, principalmente tratándose de la propiedad, única á la cual la palabra *abandono* (en el sentido de *derelictum*) se aplica rigurosamente. En los pocos casos en que esta suposicion es realmente admisible puede referirse al principio general de la presuncion de dominio ó de liberacion, pues contiene una especie de renuncia que, en sí misma é independientemente de ningun plazo, podría extinguir el derecho. Es, pues, preferible des-

---

(w) Grocio, II, 4, § 7, 9, había ya sentado que la *derelictio* era la base de la prescripcion; pero sólo de la prescripcion inmemorial y sólo tambien entre Estados soberanos. Hegel, § 64. presenta la *derelictio* como base de la prescripcion en general.

echar toda idea de abandono, tanto más, cuanto que esto sería desconocer la significacion de una expresion técnica.

De las consideraciones generales que preceden resulta que en todos los casos de este género es indispensable una fijacion de tiempo y que esta necesidad sólo puede ser satisfecha por reglas de derecho enteramente positivas. Al establecer estas reglas no debe nunca el legislador perder de vista dos condiciones: primeramente evitar los extremos, es decir, no fijar plazos ni muy largos ni muy cortos, en cuyo punto se comprende que hay una gran latitud para el establecimiento de cada regla; en segundo lugar, dictar disposiciones muy claras y muy sencillas, fácilmente accesibles á los que, no siendo jurisconsultos, deben ajustar á ellas sus actos.

§ CLXXVIII.—VI.—*El tiempo.—Introduccion.*— (Continuacion).

Sobre la importante materia, cuyo resúmen acabo de presentar en el anterior párrafo, han expuesto los jurisconsultos modernos una teoría arbitraria, cuyos peligros no se comprenden, sino en virtud de una crítica atenta y profunda.

He mostrado ya de qué manera una abstraccien arbitraria podía trasformar fácilmente la usucapion y la prescripcion de las acciones en dos principios generales relativos, el uno á la adquisicion y el otro á la pérdida de los derechos, teniendo por condiciones el primero un ejercicio contínuo, y el segundo una falta no interrumpida de ejercicio. Este último principio hubo de obtener una extensa aplicacion, pues todos los casos incluidos, segun mi doctrina, en la primera clase vinieron á referírsele inmediatamente. En realidad no se necesitaba más que un paso para considerar ambos principios como dos aspectos de uno solo y único. En efecto, si la usucapion atribuye la propiedad á un nuevo señor, despoja al antiguo propietario *(a)*; y considerada bajo este aspec-

---

(a) Para el derecho nuevo en que la posesion descansa únicamente sobre la *b. f. possessio* esto es verdad generalmente, pero no para el derecho antiguo. Cuando en virtud de la usucapion trasformaba un adquirente el *in bonis* en propiedad *ex jure Quiritium* no se encontraba en pro-

to la usucapion ofrece la misma naturaleza que la prescripcion de las acciones y aún es de mayor eficacia, porque, al lado del derecho perdido por falta de ejercicio, vemos un derecho adquirido en virtud de ciertos actos.

Tal es el encadenamiento de ideas que ha originado la opinion de los jurisconsultos citados, los cuales la manifiestan generalmente por medio del siguiente razonamiento. El tiempo opera un cambio en el derecho cuando, dentro de cierto plazo, el que lo posee no hace uso de él; este cambio se llama *præscriptio*, prescripcion, la cual es de dos clases, segun que el derecho sea simplemente perdido por falta de ejercicio ó adquirido por otra persona. La primera clase se llama *præscriptio extinctiva*, y la segunda *præsceiptio adquisitiva;* respecto á la usucapion, como se considera solamente como una clase de *præscriptio*, se la designa con las palabras «*rei præscriptio, rem præscribere*» *(b)*.

Esta doctrina es tan extraña al derecho romano como las palabras técnicas de que se han servido para formularla; y si es verdad que el derecho canónico contiene el gérmen de ella es un gérmen muy separado de su desenvolvimiento. Pero ántes de éxclarecer completamente este punto se hace preciso señalar las consecuencias importantes que se derivan de esta falsa teoría. Desde luego, todos los casos que hemos incluido en la primera clase están sometidos á las mismas reglas jurídicas que las establecidas para la *praescriptio*, puesto que pertenecen á ella; pero si la teoría se limitase á identificar de esta manera en la práctica la *usucapion* y la *prescripcion* de las acciones todavía el error sería poco sensible, pues el desenvolvimiento histórico y práctico de ambas instituciones ofrece mucha analogía. Mas, para no caer en una inconsecuencia evidente, es preciso someter del mismo modo á las reglas de la *praescriptio* los plazos del procedimiento, los de la *bonorum possessio*, etcétera, lo cual es ya cosa mucho más grave.

sencia de un propietario anterior que hubiese perdido por su negligencia una propiedad que con mayor vigilancia hubiera podido conservar, porque no existía ninguna accion para garantizar el *nudum jus Quiritium* contra las consecuencias de la usucapion.

(*b*) Rave, *de præscriptionibus*, § 1, 5; Hopfner, § 393; Thibaut, Pandekten, § 1002, 1003; Mühlenbruch, § 122, 123. Adoptan todos la misma doctrina salvo alguna diferencia en los términos.

Una segunda consecuencia de este principio, aún más peligrosa, consiste en que, vista su generalidad, abraza todos los casos posibles de ejercicio ó de falta de ejercicio de un derecho, y por consiguiente, casos en los cuales el derecho positivo no atribuye al tiempo ninguna influencia. Pero este principio es susceptible de una doble interpretacion. Se le puede atribuir un carácter puramente hipotético y un contenido indeterminado, bajo el cual se incluirían las reglas del derecho positivo; y se le puede tambien reconocer una autoridad perentoria y absoluta que se traduciría por el axioma siguiente: todos los derechos en general son susceptibles de adquirirse por el uso y de perderse por el no uso. Esta segunda interpretacion es la que tiene para la práctica el peligro que he señalado. La mayor parte de los autores no parece haberse dado cuenta de la doble acepcion de este principio, ó al ménos, no dicen cual es la adoptada por ellos, exclusion hecha de Thibaut, el cual declara explícitamente que adopta la primera interpretacion (*c*). Los ejemplos siguientes exclarecerán el peligro de la segunda consecuencia que acabo de señalar. No se encuentra en el derecho romano vestigio alguno de un derecho de prenda fundado en la usucapion, ni había necesidad de ello; sin embargo, el principio que combato abrazaría tambien el derecho de prenda, doctrina que ha encontrado más de un partidario (*d*). De igual modo no se pensó nunca en fundar las obligaciones en la usucapion; y sin embargo, ésta sería la consecuencia del abstracto principio señalado; así es que el Código prusiano, tomando de los autores que han escrito sobre el derecho comun la idea absoluta de prescripcion (*e*), admite que puede constituirse un crédito por el hecho de que, durante treinta años, un pretendido acreedor haya recibido los intereses de una deuda que no existía (*f*).

El orígen y principalmente la confirmacion de esta doc-

(*c*) Thibaut, passo y en su obra über Besitz und Verjährung, página 63 y sig.
(*d*) Glück, t. XVIII, pág. 195.
(*e*) A. L. R., I, 9, § 500, 502.
(*f*) A. L. R., I, 11, § 839.

trina tiene estrecha relacion con las expresiones técnicas, desprovistas de autenticidad, introducidas en esta materia, y que trato ahora de examinar. En efecto, *præscriptio*, segun esta doctrina, debería significar adquisicion ó pérdida de un derecho por consecuencia de la espiracion de un plazo; pero, en la fuente del derecho, la palabra *præscriptio* no significa adquisicion ó pérdida, sino que tiene siempre el sentido de *exceptio*, excepcion, expresion que no podría sustituirse sin alterar el sentido de algun texto (*g*). Es verdad que existen excepciones fundadas en el ejercicio de una accion, y así *præscriptio* puede igualmente designar la excepcion que resulta de la prescripcion de una accion; pero esta palabra, así como la voz *exceptio*, no se emplea nunca sola, sino con un complemento que indica la relacion especial de tiempo, por ejemplo, *temporis*, *temporalis*, *triginta annorum præscriptio*, etc., cuya última palabra, puede como sinónima, sustituirse por *exceptio*. Los textos del derecho romano, que se han citado recientemente para establecer una fraseología distinta, no tienen el sentido que se les atribuye (*h*). Únicamente en una constitucion de Justiniano la expresion *temporalis exceptio* tiene una acepcion tan extensa que comprenda tambien á la usucapion (*i*); pero, en primer lugar, la palabra *exceptio* entnóces no se refiere á la palabra *præscriptio* empleada sin adicion; y, en segundo lugar, un texto aislado no prueba la modificacion total de

(*g*) Esto es rigurosamente cierto respecto á las fuentes del derecho justiniáneo. Gayo, IV, § 130-137, nos enseña el orígen de esta locucion y explica el antiguo estado del asunto.

(*h*) Así, por ejemplo, se lee en la L. 2, C. ne de statu (VII, 21): «Si... ante quinque anos... decessit, *præscriptioni locus erit*;» lo cual significa: hay lugar á una excepcion. Es verdad que esta excepcion no es otra que la que resulta de la prescripcion de la accion; pero esta conclusion se desprende de lo que precede y no de la palabra *præscriptio*. Otro tanto puede decirse de la L. 7, C. eod.; L. 1, § 4, D. eod. (XL, 15); L. 1, in f. C. de bonis maternis (VI, 60).

(*i*) L. 30, C. de j. dot. (V, 12). «Omnis autem temporalis exceptio, *sive per usucapionem inducta*, sive per X vel XX annorum curricula... sit introducta...» Esta falta de exactitud en los términos depende de que, abolido el *ordo judiciorum*, no hubo ya el mismo interés en distinguir la excepcion propiamente dicha de cualquier otro medio de defensa. De esta manera se explican tambien las expresiones poco precisas de un texto ya citado, (§ 177, *a*), á saber: la L, 2, C. de l. t. pr. quæ pro lib. (VII, 22).

una fraseología ya establecida, general y constante. Este texto se explica por la asimilacion siempre creciente que el derecho nuevo fué estableciendo entre la usucapion y la prescripcion de las acciones. La cuestion de saber hasta qué punto se verificó realmente la fusion, será objeto de una investigacion especial que formará parte del tratado consagrado á la usucapion.

El principio de la fraseología viciosa que combato, se encuentra ya en los glosadores del siglo XII (*k*), de donde pasó al derecho canónico, el cual se limita á presentar la *usucapion* y la prescripcion de las acciones como dos especies de un mismo género. Ya en el siglo VI este error había sido sábiamente refutado (*l*); pero esta sana crítica no dió todos sus frutos, porque fué anterior á la creacion de esta más alta generalidad, cuyo peligro he señalado y que sus autores tomaban por un progreso de la ciencia.

Si se examinan sin prevenciones estos hechos que ninguna duda admiten, nos convenceremos que el mejor partido que debe tomarse es restablecer en su pureza el lenguaje de las fuentes del derecho romano y abandonar la idea general de la prescripcion, que reune artificialmente dos instituciones muy diversas. Evidentemente tienen ambas varios puntos de contacto, y con frecuencia puede aparecer la necesidad de aplicar á una las reglas establecidas para la otra; pero esto debe hacerse por vía de analogía, y de ninguna manera identificando ambas instituciones. La diferencia importante que presentan estos dos métodos consiste en que, cuando se procede por vía de analogía, es preciso someter cada caso particular á un exámen crítico, miéntras que, identificando ambas instituciones, si bien se allana completamente el camino, se abandona al azar la verdad de los resultados.

(*k*) Placentino, Summa Cod., tit. de præscr. longi temporis: «*Præscriptio* est exceptio *ex tempore causam trahens*» y más adelante en el mismo título: «*præscribitur res inmobilis*, non mobilis:» En la Summa sobre este título. Azon da la misma definicion que Placentino, pero sin citarlo.

(*l*) Mureto, Comm, in Inst. ad rubr. tit. de usuc. — Donelo, lib. V, C. 4, § 14.—Cuyacio, paratit. Dig. XLIV, 1, paratit. C. VIII, 35. prœm. opusc. de diversis temp. prœscr. Pero en otras partes se muestra ménos exacto. Notæ ad Inst. pr. J. de usucap.

Acaso se pretenda justificar la doctrina de los autores modernos, diciendo que el derecho canónico ha ampliado el punto de vista demasiado restringido de los Romanos, y, por tanto, que esta doctrina tiene por base el derecho positivo. Pero esta especie de apología debe rechazarse por dos razones; primera, porque el derecho canónico, como se ha visto más arriba, no adoptó nunca el principio abstracto de la prescripcion tal como existe, con su extension peligrosa, en los autores modernos; segunda, porque los autores de las Decretales estaban léjos de pretender crear una teoría nueva, se limitaron á reproducir fielmente lo que habían aprendido de los jurisconsultos, sus maestros, de manera que, cuando necesitamos rectificar las doctrinas de estos últimos, la rectificacion, en tanto que no salga de los límites de la teoría, debe extenderse á las Decretales mismas, si bien debemos reconocer la autoridad de las nuevas reglas prácticas que establecen, conducta que se encuentra ciertamente conforme con el espíritu de las Decretales.

Recientemente se ha tratado de salvar por una especie de transacion el principio general de la prescripcion ya refutada; se ha excluido por medio de restricciones arbitrarias un cierto número de instituciones y se han mantenido las otras *(m)*. Esta tentativa, pasando por alto todo lo forzado de su aplicacion, debe ser rechazada á causa de la misma naturaleza de la idea que la ha inspirado; es, en efecto, un término medio que disminuye solamente la cantidad del error sin destruir el principio.

Bajo la influencia de la falsa doctrina que acabo de combatir se ha formado, sin embargo, una institucion cuya realidad no podría ser desconocida, pues la práctica de los tri-

---

(m) Unterholzner, Verjährungslehre, § 1, define la prescripcion de la siguiente manera: una modificacion en el derecho, causada principalmente por un uso ó un no uso continuado durante cierto tiempo. Unterholzner pretende tambien excluir los efectos de la violacion del derecho, entre los cuales es preciso colocar como *contumacia* la inobservancia de los plazos fijados por el juez y la expiracion del plazo concedido para interponer apelacion, pues la expiracion de este plazo no produce más efecto que el de separar un obstáculo que podía ponerse á la eficacia de la sentencia, de suerte que la modificacion en el derecho resulta de la sentencia y no de expiracion del plazo. Vése, pues, que esta definicion, además de lo que tiene de arbitraria, no es apropiada para exclarecernos la verdadera naturaleza de la institucion.

bunales la aplica desde hace largo tiempo: me refiero al tiempo inmemorial. Descansa la existencia de esta institucion sobre una costumbre general, lo que no nos evita que tengamos que recurrir á una crítica científica para determinar sus condiciones y sus límites. Entra necesariamente, á causa de su extension, en la parte general del tratado; por cuyo motivo terminaré con esta institucion lo que haya de decir sobre el tiempo.

§ CLXXIX.—VI.—*El tiempo.* 1. *El calendario.*

La aplicacion de las diversas instituciones enumeradas en el § 177 tiene su base en la apreciacion de los plazos fijados por las reglas del derecho, lo cual exige una medida segura y uniforme. Esta medida la tomamos nosotros del sistema cronológico por el cual regulamos todas las relaciones de la vida; sistema fundado en las leyes astronómicas y cuya exposicion se llama el calendario. Así, pues, cuando se trata de juzgar una relacion de derecho subordinada á un plazo determinado, tomamos como término de comparacion, las divisiones de tiempo establecidas de una manera invariable por el calendario. Sin embargo, como los límites de los plazos que entran en las relaciones de derecho están determinados, unas veces por actos libres, otras por acontecimientos naturales, no es raro que estos límites no concuerden exactamente con las divisiones de tiempo establecidas en el calendario de una manera invariable. Necesítase, entónces, una artificial reduccion en cada caso particular, con el fin de relacionar las divisiones del calendario con el plazo cuyo punto de partida no conviene con este calendario; y para esta reduccion el derecho positivo tiene, de un lado reglas generales, y de otro disposiciones particulares relativas á excepcionales casos. Incluyo las divisiones de tiempo señaladas por el calendario bajo la designacion de *tiempo del calendario* (año, dia del calendario, etc.); y á los demás espacios de tiempo determinados por las diversas relaciones de derecho los llamo *tiempo móvil* (año, dia móvil, etc.), *(a)*.

(a) Algunos autores modernos oponen al dia del calendario, *el dia del tiempo* (Zeittag), denominacion que me parece poco feliz, pues es igual-

El asunto que nos ocupa abraza pues las materias siguientes:

1. El calendario.
2. Reduccion normal del tiempo móvil al tiempo del calendario.
3. Computacion civil. }
4. *Utile tempus.* } Reducion anormal.
5. Dia intercalar. }
6. Tiempo inmemorial (§ 178).

I. El calendario.

L. Ideler, Handbuch der matematischen und technischen Chronologie, 2 vol., Berlin, 1825-1826, en 8.°

Dos motivos, independiente uno de otro, nos obligan á tomar como punto de partida la historia del calendario romano; primero, porque su conocimiento es indispensable para la inteligencia de las fuentes del derecho romano; segundo, porque nuestro actual calendario es el calendario romano, salvo una modificacion que, al aplicarse á las diversas relaciones de la vida, apenas se hace notar.

Segun el calendario romano más antiguo, el año se componía de diez meses ó sean 304 dias, que es lo que se llama el año de Rómulo. No necesitamos ocuparnos de las dificultades que presenta la investigacion de este punto, porque no existe en las fuentes del derecho justiniáneo ningun vestigio referente al año de Rómulo.

El año cuyo orígen se atribuyen al rey Numa, y que fué seguido hasta el tiempo de César, se componía de 355 dias: cada dos años se intercalaba un mes entero; *Mercedonius*, que tenía unas veces 22 y otras veces 23 dias; haciéndose la intercalacion despues del dia que designamos nosotros como el 23 de Febrero, dia de la fiesta de los *Terminalia*, y precedía al 24 de Febrero, dia en que se celebraba la fiesta del *Regifugium*. Se quitaban, pues, 5 dias del mes de Febrero que, en el año de la intercalacion, quedaba reducido á 23. Estos dias eran considerados como parte del *Mercedonius*,

---

mente aplicable al dia del calendario. La adoptada por mí me parece más clara. Tambien podría emplearse para expresar esta oposicion, la denominacion de tiempo fijo y tiempo arbitrario. Los astrónomos llaman año *móvil* al que se compone precisamente de 365 dias sin intercalacion, pasando por todas las estaciones en un tiempo fijo. Ideler, I, 67-68.

cuya duracion era, por tanto, unas veces de 27 y otras de 28 dias.

Tal distribucion daba al año una duracion media de 366 dias y un cuarto; y como excediese de la del año astronómico, pasados 24 años se suprimían por una sola vez 24 dias del año corriente, lo cual reducía el año á una duracion media de 365 dias y cuarto *(b)*. El año de esta manera regulado, era de un uso por demás incómodo, y lo que es peor, estaba sujeto á frecuentes perturbaciones, por consecuencia de la incuria de los Pontífices, encargados de velar por las citadas reglas, y tambien á causa del espíritu de partido, pues siendo las magistraturas anuales, daba márgen el sistema á que se prolongase el año para prolongar de igual modo la autoridad de los cónsules á quienes se quería favorecer; llegando á ser tan grande el desórden, que se dió el caso de caer las estaciones en otros meses que los que les estaban destinados.

Semejantes males determinaron á César á introducir en el calendario una reforma radical que áun hoy dia forma la base de los calendarios de todos los pueblos cristianos *(c)*. La reforma preparada en el año 708, el cual sirvió para absorber las aberraciones sucesivamente acumuladas, dándosele una duracion de 445 dias, divididos en quince meses; y la introduccion del nuevo calendario comenzó el 709, año que precedió á la muerte de César.

Supuso el reformador que el año astronómico se componía exactamente de 365 dias y 6 horas; y en su consecuencia, César decretó que el año del calendario tuviese 365 dias y que por cada período de cuatro años se verificase la intercalacion de un dia destinado á absorber las seis horas de que acabo de hablar. La intercalacion, como en otro tiempo, debía hacerse la de un mes entero, entre los *Terminalia* y el *Regifugium*. Este año fué dividido en 12 meses de una desigual duracion *(d)*.

(b) Ideler, I, 67; II, 31, 56, 59. Los principales pasajes de los autores de la antigüedad son Censorino, de die natali, C. 20, y Macrobio, Saturnal., I, 13. Explícase más adelante (§ 192), la L. 98, § I, 2, de V. S. (L. 16), relativa al mes intercalar.

(c) Durante la revolucion francesa se hizo un calendario enteramente nuevo; algunos años más tarde restableció Napoleon el antiguo.

(d) Sobre estos detalles puede verse: Ideler, II, 118 y sig. Los principales textos son: Censorino, C, 20, Macrobio, Saturn., I, 14.

Pero este cálculo contenía un error esencial relativo al excedente de duracion del año astronómico, pues este excedente que se le creía de seis horas, no es, en realidad, más que de cinco horas 48 minutos y 48 segundos. El error de 11 minutos y 12 segundos en la duracion del año, constituyó una nueva diferencia, y en el siglo XVI, la acumulacion de estos errores había formado ya diez dias enteros *(e)*.

La fijacion de las fiestas de Páscua proporcionó al Papa Gregorio XIII la ocasion de rectificar el calendario Juliano *(f)*. El año se consideró de 365 dias, seis horas, 49 minutos y 12 segundos; los diez dias acumulados desde el tiempo de César, fueron borrados del calendario, y para prevenir la vuelta de semejante descuento, se decidió que cada 400 años dejasen de hacerse tres intercalaciones por cada ciento de ellos *(g)*. Esta reforma ordenada en 1581 y aplicada en Roma y Francia en 1582, fué adoptada durante los diez años siguientes por el Emperador, los estados católicos de Alemania, Suiza y los Países Bajos, de igual modo que en Italia, en España y en Hungría. Pero los países pertenecientes á las religiones protestante y griega, rehusaron durante largo tiempo someterse á una reforma que procedía del Papa. Al fin fué reconocida en 1700 y 1701 por los Estados protestantes de Alemania, de Suiza y de los Países Bajos, en 1752 por Dinamarca é Inglaterra y en 1753 por Suecia. Los Rusos y los demás pueblos de la religion griega han conservado el calendario Juliano sin modificacion. Tal es la diferencia entre el antiguo y el nuvo estilo, ó sea entre el calendario Juliano y el Gregoriano; diferencia que, como

---

(e) Ideler, I, 35, 66, 67.

(f) Ideler, I, 74; II, 301-303, 322, 325. Aloysio Lilio estaba al frente de la empresa. La fiesta de Páscuas, cuya fijacion es extraña al sistema cronológico, cae lo más pronto el 22 de Marzo, y lo más tarde el 25 de Abril, variando así en el intervalo comprendido entre estos dos límites. Ideler, II, 199, 317.

(g) Los años seculares 1600, 2000, 2400, etc., debían permanecer bisextiles; los tres años seculares intermedios, tales como 1700, 1800, 1900 y 2100, 2200 y 2300, etc., bisextiles, segun el calendario Juliano, debían cesar de serlo.—Sin embargo, el año tenía siempre 24 segundos demás, pero esta diferencia es tan pequeña que se necesitan 3600 años para formar un dia entero. La rigurosa exactitud hubiera exigido que en nueve siglos se omitiesen siete intercalaciones en lugar de tres, en cuatro siglos. (La exactitud de estos cálculos se encuentra confirmada en una carta que me ha dirigido Ideler).

se desprende de esta exposicion, debe aumentar por cada siglo *(h)*. En realidad, consiste únicamente en la mayor ó menor frecuencia de las intercalaciones, pues respecto á lo demás no hubo ninguna modificacion, y se ha mantenido el antiguo calendario Juliano, áun en disposiciones verdaderamente arbitrarias. Más adelante tendré ocasion de hacer una aplicacion práctica de este principio.

§ CLXXX.—VI.—*El tiempo.*—I. *El calendario.* (Continuacion.)

Paso ahora á examinar las partes esenciales de nuestro calendario, como son, el dia, el mes y el año. El dia es el espacio de tiempo que tarda la tierra en dar una vuelta completa sobre su eje; varía segun las estaciones, pues en Febrero y en Noviembre hay una diferencia de quince minutos de más ó de ménos respecto á la duracion media; de manera que la mayor diferencia entre dos dias solares excede de treinta minutos *(a)*. La determinacion del momento en que principia el dia es completamente arbitraria, y así es que difiere en los diversos pueblos. Los Romanos consideraron que principiaba á media noche y nosotros hemos conservado esta determinacion que es la más incómoda de todas, porque no concuerda con ninguna observacion directa del cielo. El dia tiene dos divisiones naturales cuya duracion es muy desigual y varía constantemente, éstas divisiones son el dia natural, esto es, el tiempo durante el cual permanece el sol sobre el horizonte (*lux*, *dies naturalis*), y la noche *(nox)*. El intervalo completo de una á otra media noche se llama *dies civilis (b)*.

El año se compone exactamente de 365 dias, puesto que

(h) Sobre la historia de la reforma del calendario, véanse los pasajes de Ideler, citados en la nota *f*. Si los Rusos continúan siguiendo el calendario Juliano, hácia el año 2400 harán la siega en el mes de Enero, irán en trineo en el mes de Julio.

(a) Ideler, I, 36-38. En esto consiste la diferencia entre el tiempo medio y el verdadero.

(b) L. 8, de ferias (II, 12) de Paulo.—Censorino, C. 23; Macrobio, Saturno, I, 3. Véase Gélio, III, 2; Plinio, Hist. nat. II, 79. *Dies civiles* en Varron, de Re rustica, I, 28, parece designar los dias con arreglo á la division y denominaciones del calendario romano.

se omite el excedente de algunas horas para formar más tarde un dia intercalar. El año es, como el dia, una division de tiempo fundada sobre un cálculo astronómico, division que nadie ignora y que ejerce una gran influencia sobre las relaciones de la vida. El principio del año es del todo indiferente y se le podría colocar en épocas muy diversas, siguiendo el mismo calendario. Así, desde la Edad Media, se ha colocado por diversas naciones unas veces en el primero de Enero (Circunscision), otras veces en primero de Marzo, otras en 25 del mismo mes (Anunciacion), otras en el dia de Pascuas, otras en el 25 de Diciembre (Navidad) *(c)*. Desde hace algunos siglos se ha adoptado generalmente el 1.° de Enero, acuerdo que tiene importancia, porque impide la confusion en el establecimiento de la cronología.

El mes es la division intermedia entre el dia y el año y responde á la division de éste en doce partes desiguales. Siete meses tienen 31 dias, cuatro tienen 30 y uno ordinariamente 28 y en los años bisiestos 29. Esta division en doce partes no es puramente arbitraria, pues se funda en las fases de la luna; pero esta concordancia se ha establecido sólo de una manera general, y de ningun modo rigurosa *(d)*. La limitacion de los meses no se hizo con arreglo á un principio absoluto, porque sin duda César quiso respetar en lo posible los usos consagrados por el antiguo calendario, y que el nuevo derivase tambien, en parte, de la religion; así es que los meses no sufrieron más que las modificaciones necesarias para que conviniesen con la nueva determinacion del año que era el objeto principal de su reforma. En los tiempos modernos no se ha experimentado la necesidad de un cambio en esta materia, si se exceptúa el pasajero ensayo, que hizo la república francesa, de un calendario nuevo en que se les daba á los meses una duracion igual de 30 dias, quedando cinco dias complementarios para formar el año.

(c) Ideler, II, 325-343.

(d) El mes lunar astronómico se compone solamente de 29 dias, 12 horas, 44 minutos y 3 segundos; de manera que no concuerda exactamente con ningun mes del calendario, ni aún con el de Febrero. Ideler, I, 42-44. La adopcion del mes astronómico, aunque se le hubiese calculado exactamente, no era posible, porque en la vida real únicamente puede hacerse uso de las divisiones que se refieran á dias completos.

No debo olvidar la designacion individual de cada dia con relacion al mes de que forma parte; pero observo que esta designacion es enteramente extraña al calendario propiamente dicho, de igual manera que á las reformas de César y de Gregorio XIII; las modificaciones reales introducidas en este punto se han verificado insensiblemente, por consecuencia del uso. Los Romanos dividían el mes en tres partes desiguales llamadas las *kalendas*, las *nonas* y los *idus*, cada una de las cuales determinaba una série de dias que se contaban hácia atrás. La designacion exacta de un dia era, por ejemplo, la siguiente: *die X ante Kalendas Januarias* (23 de Diciembre). Pero se tenía costumbre tambien de variar el lugar de la preposicion y se decia precisamente en el mismo sentido: *ante diem X Kal. Jan.* El que no tuviese en consideracion este capricho de la lengua latina podía creer, tomando la preposicion en su sentido literal, que la fórmula *ante dieu X Kal.* expresa una fecha anterior al *dies X Kal.*, cuando en realidad designa el mismo dia *(e)*, como expresamente lo confirma un texto del derecho romano *(f)*. Esta manera de designar los dias del mes estaba

(*e*) Los textos decisivos sobre el empleo de esta locucion se citan en Ideler, II, 127, 128. La preposicion, por consiguiente, respecto á la fijacion de las fechas había llegado á ser una adicion ociosa y se empleaba sin reflexion en los casos en que no era de ninguna utilidad. L. 13, de V. O. «Qui *ante Kalendas proximas* stipulatur, similis est ei qui kalendis stipulatur.» Una prueba no ménos decisiva de que *ante* había perdido toda significacion, es que se la construia con otras preposiciones y se decia por ejemplo, *in ante* diem IV, por «in diem IV,» de igual modo que *ex ante* diem por ex die.

(*f*) L. 132, pr. de V. S. (L. 16). «Anniculus amittitur qui extremo die anni moritur: et consuetudo loquendi id ita esse declarat, *ante diem* y *Kalendarum, ipost diem X Kalendarum.* Neque utro enim sermone undecim dies significantur.» La acepcion de *ante* es lo único que ha de ocuparme en este punto. Las palabras *ante d. X Kal.*, dice el jurisconsulto, no designan el dia anterior al X, ni otro subsiguiente, sino el *dia X* mismo. Así, tambien, *post diem X*, puesto en lugar de *die X post Kal.* designa el 10 de Enero y no un dia posterior al 10 que sería el 11. Estas últimas frases constituyen una locucion individual y arbitraria, diferente de la manera habitual de fechar, como si hoy se digera en una letra de cambio que era pagadera tres dias ántes de año nuevo en lugar de decírse, conforme al uso, el 29 de Diciembre. Por lo demás, que esta era la significacion de *post* se sabe por la L. 233, § 1, de V. S. (L. 16): «Post Kal. Jan. d. tertio pro salute principis vota suscipiuntur;» que era lo mismo que decir: post d. III Kalendarum. Los *Vota* se hacían el die III Non. Jan. Véase Lipsius excurs. ad Tac. anno XVI.—Erb, Civil Mag., vol. V, pági-

intimamente ligada entre los antiguos romanos á las costumbres y á la religion; y aunque tal designacion no era en la Edad Media más que una letra muerta, se conservó como la lengua sabía en las actas notariales. Pero muchos de ellos, desprovistos de la instruccion necesaria para aplicarla, hubieron de servirse, por necesidad, de otras dos nomenclaturas diferentes: unas veces se individualizaba el dia del mes por la fiesta del santo que le correspondía y otras por un número desde el uno hasta el 30, 31 ó 28; y aún este último modo sufrió todavía una modificacion; respecto á la primera mitad del mes se contaban los dias hácia adelante, y respecto á la segunda, retrogradando (*ingrediente, exeunte mense)*.

Inútilmente se trataría de determinar durante qué espacio de tiempo se ha seguido cada uno de estos métodos; pues durante varios siglos se emplearon todos á la vez, sin otra regla que el grado de instruccion ó la costumbre del Notario. A partir de los últimos siglos, y principalmente desde que las actas se redactan en la lengua del país, la designacion romana ha ido abandonándose, concluyendo por adoptarse exclusivamente el uso de la cantidad para expresar los dias pasados del mes. Esta manera de fechar es, en efecto, muy antigua y se la encuentra en documentos de los siglos VII y VIII *(f*[1]). Unicamente la cancillería de la córte de Roma sigue todavía hoy la antigua designacion romana.

Vése, pues, de qué manera se ha establecido poco á

---

na 244, no entendiendo el *post* de la L. 132 citada, ha propuesto una correccion supérflua é inadmisible.

(f [1]*)* Para convencerse de ello basta dirigir una ojeada sobre las numerosas recopilaciones de documentos, dispuestas por órden cronológisico. Cítanse como ejemplos los documentos siguientes del sexto y sétimo glo, con la fecha del dia del mes; varios de ellos se refieren á la segunda mitad del mes y presentan cifras más elevadas. Historiæ patriæ monumenta Chartarum, tomo I; Aug. Taurinorum, 1836, fol. núm. 2, 6, 7, 9, 13; Fumagalli; Codice diplomático San Ambrosiano, Milano, 1805, en 4.°, números 1, 10, 12, 15, 16, 18, 21, 23, 24. La exposicion que hace Gatterer, Abrizs der Diplomatik, pág. 369, 370 es completamente falsa. Pretende éste que hasta el gran interregno se siguió generalmente la manera de fechar de los antiguos romanos, y que despues se expresó el dia por el Santo correspondiente. Nada dice de la cantidad del mes. Para explicar, no para justificar, esta inexactitud puede tenerse en cuenta que, en efecto, la mencion del nombre del Santo fué la forma más usada en Alemania para las fechas.

poco el uso de la cantidad para designar los dias del mes, y por consiguiente que no debe tener ninguna influencia sobre las reglas positivas del derecho que al tiempo conciernen.

Además de estas divisiones del tiempo que por sí solas pueden ser consideradas como partes esenciales de nuestro calendario, existen tambien otras de que debo hacer mencion.

Comienzo por las divisiones del dia, esto es, la hora y sus subdivisiones. Nosotros dividimos los dias del calendario en 24 partes iguales que llamamos horas. La duracion de éstas varía de igual modo que la de los dias, por más que la diferencia sea casi insensible en este punto. Pero la determinacion de la hora es enteramente arbitraria y no se relaciona con ninguna observacion natural; de suerte que, de igual modo que en 24, podía dividirse el dia en 10 ó 100 horas, lo cual resulta aún más evidente observando que entre los Romanos, como en otros pueblos de la antigüedad, la hora, semejante en apariencia á la nuestra, era, realidad, muy diferente. Dividían los Romanos el dia, es decir, el tiempo que permanece el sol sobre el horizonte, en doce partes iguales, que contaban desde la una hasta las doce, y la noche en otras tantas, que contaban de igual manera. Así, pues, excepto en las épocas de equinocio, las horas del dia no tenían igual duracion que las de la noche, verificándose un contínuo aumento ó disminucion en unas y otras; y si además de ésto tenemos en cuenta la imperfeccion de sus cuadrantes solares, de sus clepsydras y de sus relojes de arena *(g)*, nos formaremos una idea de lo incómoda que tenía que ser semejante division del tiempo. Por fortuna, ninguna regla jurídica cuenta los plazos por horas.

Lo que he dicho sobre la hora se aplica, y con mayor razon, á sus subdivisores, como son minutos, segundos, etc.

(g) Censorino, C. 23, Véase Ideler, I, 84, II, 14, 617. Sin embargo, en astronomía conocian los romanos el uso de lo que nosotros llamamos horas. Ideler, I, 86. Los inconvenientes que resultaban de la division indicada eran ménos sensibles para los romanos que lo hubieran sido para un pueblo del Norte, porque en Italia la diferencia entre el dia y la noche, y por consecuencia entre los meses de estío y de invierno, es menor que en los países del Norte.—El uso seguido en la Italia moderna no es

La semana, por último, no pertenece al calendario: no forma parte integrante del mes ni del año, porque se compone de un número determinado de dias cuya série se continúa sin interrupcion, de un mes y de un año á otro. Los Romanos tenían séries de ocho dias que terminaban el de los *nundinœ*. Varios otros pueblos, y principalmente los judíos (*h*), tenían una semana de siete dias que, conocida desde muy antiguo de los Romanos, fué pronto adoptada generalmente por los cristianos. La celebracion del domingo, dia en que comienza la semana, hace de esta division del tiempo un asunto importante para todos los pueblos que adoptaron esta religion (*i*). La semana de siete ó de ocho dias tiene por base general una observacion de la naturaleza, á todos accesible en la vida ordinaria. En efecto, las diferentes fases de la luna indican, desde luego, una division en cuatro partes iguales del espacio de tiempo que media entre dos plenilunios; ahora bien, la cuarta parte de este mes lunar termina entre el sétimo y el octavo dia, de modo que, si se quería fundar sobre esta observacion una division del tiempo en dias enteros, había que escoger entre los expresados sétimo ú octavo dia. Así el mes lunar, como el del calendario, se fundan en una observacion natural; pero al aplicarse á la vida no han podido conformar estrictamente con dicha observacion, porque las necesidades de la vida real exigen séries de dias enteros. La semana, division completamente extraña á las reglas del derecho romano, se menciona desde antiguo en el derecho germánico, y más á menudo todavía en las leyes modernas sobre el

---

el de los antiguos romanos. Los italianos entienden por hora lo mismo que nosotros, difiriendo solo en cuanto al punto de partida y la manera de contarlas. Nosotros empezamos desde la media noche á contar doce horas hasta el medio dia, desde donde comenzamos otra vez contando doce horas hasta la media noche; y los italianos, media hora despues de la puesta del sol, empiezan á contar sin interrupcion veinticuatro horas. Sin embargo, los relojes públicos no hacen sonar frecuentemente más que seis horas, y empiezan otra vez por una. Por lo demás en las ciudades se va abandonando este uso y adoptando la manera de contar seguida en el resto de Europa y se le llama *ora francese*, Véase Ideler, I, 84.

(*h*) Entre ellos la semana de siete dias tenía al mismo tiempo una significacion religiosa relativa á la historia de la creacion, cuyo término concuerda con el sábado, último dia de la semana.

(*i*) Ideler, I, 60, 87, II, 136, 175.

procedimiento, en las decisiones judiciales que fijan plazos, y en los actos jurídicos de los particulares. Los dias de la semana no se designan como los del mes por medio de un número, sino que tiene cada uno su nombre particular y vuelven sucesivamente con un órden invariable.

CLXXXI.—VI.—*El tiempo 2.—Reduccion normal.*

Cuando, en el derecho, se subordina una modificacion cualquiera á la expiracion de un plazo, se toma como una medida de este plazo el tiempo del calendario, es decir, un número determinado de dias, de semanas, de meses ó de años, cuyo principio y fin están determinados en el calendario; pero como el principio del plazo sólo en casos extremadamente raros concuerda con el calendario, la aplicacion no puede hacerse sino por medio de una reduccion (§ 179), cuyas reglas voy á exponer. Debo advertir, desde luego que, consideradas éstas en sí mismas, sólo hay controversia respecto al mes, pues en cuanto á las demás divisiones del tiempo, las reglas son en extremo sencillas y nada dudosas; su aplicacion á los diferentes casos es el asunto que generalmente ofrece graves dificultades. Trátase, pues, de determinar primeramente lo que debe entenderse por dia, año, semana y mes móvil.

El dia móvil es un espacio de tiempo de igual duracion que la del dia del calendario, es decir, que tomando por punto de partida un momento determinado, por ejemplo, el de la violacion de un derecho, abraza un espacio de tiempo igual al comprendido desde una media noche hasta la del dia siguiente. Se supone, pues, que todos los dias del calendario tienen una duracion igual, suposicion contraria á la realidad de las cosas (§ 180); pero en derecho no se tiene en cuenta este error, en vista de que la diferencia es muy pequeña y su rectificacion presentaría dificultades insuperables. Por otra parte, sería preciso una regla positiva, necesidad que compensa tan mínimo error. Volveré sobre esta consideracion al final del presente párrafo.

El año móvil es la suma exacta de 365 dias móviles,

contados sin interrupcion (*a*). Se omite el excedente de algunas horas que presenta el año solar, porque excedente es absorbido por el dia intercalar, el cual origina una excepcional evaluacion de que hablaré más adelante.

La semana móvil es la série de siete dias móviles, série fácil de calcular, porque, teniendo cada dia de la semana un nombre propio, la vuelta del mismo nombre indica el comienzo de la nueva semana.

La causa de las dudas sobre el mes móvil consiste en que la duracion del mes del calendario varía en cada año tres veces (§ 130). Así, cuando se trataba de determinar el número de dias que un mes debía tener para hacer aplicacion de las reglas del derecho que cuentan por meses había que escoger entre los números 30 y 31. En favor de este último número podría alegarse que la mayor parte de los meses tienen en realidad 31 dias; mas había en favor del número 30 razones de mayor peso. Primeramente, de todos los números enteros es el que se acerca más á la dozava parte del año (30 5 1[2), como tambien á la duracion del mes astronómico (§ 180, *d*); además, es un número redondo susceptible de numerosas divisiones, se grava más fácilmente en la memoria y se presta mejor á las aplicaciones de la vida real que el número 31. Por estas razones, sin duda, dieron los Romanos al mes móvil una duracion de 30 dias. No existe sobre este punto ninguna disposicion legislativa; pero los siguientes textos pertenecientes á diversas épocas destruyen las dudas que pudieran ocurrir.

1. Respecto á la querella de adulterio, existen dos plazos: uno de sesenta dias, y otro que absorbe al primero, de seis meses; ahora bien, para calcular los seis meses se añaden los sesenta dias á los cuatro meses siguientes *(b)*.

2. Paulo designa el número de 210 dias por *septimus plenus mensis (c)*.

(*a*) L. 51, § 2; ad Aquil. (IX, 2); L. 4, § 5, de statu lib. (XL, 7).

(*b*) L. 11, § 6; L. 29, § 5, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5); L. 1, § 10, ad Sc Turp. (XLVIII, 16). Los textos relativos al edicto de los ediles, son ménos decisivos, si bien en ellos se habla unas veces 60 dias y otras de dos meses como de un sólo caso. L. 28; L. 31, § 22; L. 38, pr. de ædil. ed. (XXI. 1).

(*c*) Paulo, IV, 9, § 5, tomado de Censorino, de die nat., C. 9, He ha-

3. Justiniano ordena que el inventario se comience por el heredero dentro de los 30 dias despues de la muerte del testador, y se termine en los 60 siguientes; y á estos dos plazos reunidos los llama más adelante tres meses *(d)*.

4. Tres plazos fija Justiniano respecto á la apelacion: el primero de 30 dias y los otros dos de un mes cada uno; y seguidamente afirma que los tres plazos reunidos hacen tres meses. Así, pues, los 30 dias equivalen á un mes *(e)*. Es verdad, que Justiniano mismo en una ley anterior sobre el último asunto, llama tres meses á tres plazos de 31 dias cada uno *(f)*; pero esta disposicion se encuentra demasiado aislada para que pueda oponerse á los numerosos textos en que, segun el uso seguido constantemente, se considera al mes con 30 dias *(g)*.

Hé aquí ahora los testimonios erróneamente invocados en apoyo de un uso contrario. La ley 101 de R. J. (L. 17), la cual parece decir que 61 dias hacen dos meses; pero, como más adelante se verá (§ 185), en realidad habla de 60 dias; de modo que confirma el cómputo del mes en 30 dias.—Los 182 dias representados como la duracion más corta de la gestacion; pero esta regla que reproduce inexactamente una opinion de Hipócrates, no se funda en la multiplicacion por seis de los dias del mes, sino en la division en dos partes iguales de los dias del año, la cual da 182 dias y una fraccion, fraccion que los jurisconsultos romanos han despreciado *(h)*.—Por último, el cálculo de los frutos dotales de que habla la ley 7, sol. matrim., (XXIV, 3); pero esta ley

---

blado con detalles de este texto en el apéndice III, sobre la viabilidad, véase dicho apéndice, t. I.

(d) L. 22, § 2, C. de j. de lib. (VI, 30), tomado del § 11 de la misma ley.

(e) Nov. 115, C. 2.

(f) L. 2 y L. 5, pr. C. de temp. appell. (VII, 53); «aliis trium mensium spatiis, *id est nonaginta et tribus diebus*, simili modo sequentibus.»

(g) Se encuentra sostenida esta opinion por Reinfelder, Annus civilis, p. 116 y sig., y por Unterholzner, I, p. 281.

(h) L, 3, § 12, de suis, (XXXVIII, 16), comparada con la expresion vaga *septimo mense*, (L. 12, de statu hominum, I, 5). Esta ley parece decir que el número de 182 dias expresa exactamente seis veces la duracion de un mes. V. Hippocrates, de partu septimestre. C. 1, in. opp. ed. Charterius, t. V, p. 342. Paris, 1679, en fol.

no determina el número de dias que debe tener el mes móvil, sino que supone, en varios ejemplos, que cada uno de los meses del año representa la dozava parte de éste, y por lo tanto, que tienen igual número de dias, lo cual no es enteramente exacto *(i)*.

Los detalles que acabo de enumerar, pueden resumirse en la siguiente regla: siempre que el derecho romano subordina un hecho jurídico á la expiracion de cierto número de meses cada uno de ellos equivale á 30 dias consecutivos. Esta regla ha perdido en el derecho actual gran número de sus aplicaciones *(k)*; pero es aplicable todavía á los casos siguientes:

a. Los dos meses para la venta de una enfitéusis *(l)*.

b. Los dos meses para la prueba de una deuda opuesta al fisco á título de compensacion *(m)*.

c. Los tres meses para la *exceptio nom numeratae dotis (n)*.

d. Los cuatro meses para resolver el derecho del copropietario de una casa en construccion que rehusa contribuir á los gastos de ella *(o)*.

e. Los cuatro meses para los intereses judiciales *(p)*.

f. Los seis meses para la prescripcion de la accion redhibitoria *(q)*.

g. Los diez meses contados desde la disolucion del ma-

(*i*) Estas desviaciones, unas reales y otras aparentes, han conducido á Schrader, Civil Abhandl., p. 198 y sig., á sentar la doctrina siguiente: los Romanos contaron los meses de muy diferentes maneras, y por último se adoptó generalmente el uso de multiplicar por la dozava parte del año (30 5[12) el número de meses dado. Esta regla da 61 dias por dos meses, cálculo confirmado segun Schrader por la L. 101, de R. J., texto que explicaré más adelante. Pero ni los Romanos tenían inclinacion ni aptitud para cálculos artificiales, ni hubiesen admitido semejante suposicion, de la cual tampoco tenían necesidad alguna.

(*k*) Tales son los plazos concedidos para la apelacion y para la querella de adulterio (notas *b*, *e*, *f*); en cuanto al inventario (*g*), encontrándose expresados el número de dias al mismo tiempo que el de meses, es indiferente la presente cuestion.

(*l*) L. 3, C. de j. emph. (IV, 66).

(*m*) L. 46, § 4, de j. fisci (XLIX, 14).

(*n*) Nov. 100.

(*o*) L. 52, § 10; pro socii, (XVII, 2).

(*p*) L. 2, 3, C. de usuris rei jud. (VII, 54).

(*q*) L. 19, § 6; L. 38, p. de ædil. ed., XXI, 1).

trimonio como el más largo término para imputar legítimo un nacimiento (*r*).

Existen otros casos á que el mes hace relacion; pero en ellos su influencia no se deriva del derecho romano, y no entran, por tanto, en la regla expuesta, sin embargo de que son más numerosos y más importantes que los que acaban de ocuparnos. Tales son los plazos de procedimientos fijados por la ley ó por los tribunales y los contratos en donde el término para el pago se cuenta por meses, como sucede principalmente en las letras de cambio. En esta materia no nos liga, en manera alguna, la regla del derecho romano, y tenemos entera latitud para adoptar el sistema más racional y más conforme á las intenciones de los legisladores modernos, de los tribunales y de las partes contratantes. El procedimiento más fácil, con arreglo á nuestra costumbre de designar los dias del mes, consiste en considerar espirado el plazo mensual en el dia del mismo número del mes siguiente; de manera que si principia el 17 de Enero, termina el 17 de Febrero, y si comienza el 17 de Febrero, espira el 17 de Marzo, sin tener en cuenta la ligera diferencia que existe entre ellos, pues el primero tiene en realidad 31 dias y el segundo 28. Esta desigualdad, poco sensible, tiene ménos inconvenientes que la rigurosa imputacion de los 30 dias que tan fácilmente se presta al error. Esta manera de contar aplicada á los plazos del procedimiento tiene en su favor, desde el siglo XIV, las autoridades más respetables *(s)*, y se encuentra confirmada además por la práctica constante de los tribunales *(t)*.

(*r*) L. 3, § 11, de suis (XXXVIII, 16). Estoy muy léjos de estimar como completa esta enumeracion de casos.

(*s*) Joan. Andreæ glossa in C. 6, de elect. in VI (I, 6).—Bartolo, in L. 98, de verb. sign.—Alciato, in L. 98, de verb. sign.—J. Godofredo, in L. 101, de reg. juris.—Mevio, in Decis. I, 231.—Mühlenbruch, I, § 85.—Struben Bedenken, I, pág. 47 dice que ambas maneras de contar estaban en uso en los diferentes tribunales.

(*t*) Las leyes del Imperio no son uniformes respecto á este punto. El Conc. Ord. Cam. II, 33, § 3, en estos casos particulares considera el mes con 30 dias; el R. A. 1548, § 53 lo considera de cuatro semanas.—En Francia se admitió en otro tiempo en la práctica esta evolucion en cuatro semanas. Merlin, Repertoire, v.° *Mois*, tomo VIII, pág. 320.—La cuenta desde un dia hasta el otro correspondiente del siguiente mes (por ejemplo, desde el V Kal. Jan. hasta el V Kal. Febr.) no fué desconocida de los romanos como lo muestra la L. 2. C. Th. de decur. (XII, 1) (Véase

De igual manera, en materia de contratos, y principalmente de letras de cambio, el mes que principia en un dia determinado concluye en el dia del mismo número del mes siguiente; regla que es objeto de una disposicion expresa del código prusiano *(u)* y del código francés *(v)*.

Sólo en un caso ofrece dificultades esta manera de contar, y es aquél en que, empezando el plazo en los últimos dias de un mes largo, el mes siguiente tenga ménos dias que el designado por la fecha del principio del plazo. La manera más sencilla de resolver la dificultad consiste en colocar el término del plazo en el último dia del mes; de modo que si se expide una letra de cambio, á dos meses fecha, el 31 de Diciembre, será exigible el 28 de Febrero y lo mismo sucedería si se hubiera expedido el 28, 29 ó 30 de Diciembre. Tal solucion, la más natural de todas, ha sido adoptada por el código prusino *(w)*.

Resulta de las reglas expuestas hasta aquí que el dia es la más importante divivision del tiempo, á la cual se refieren todas las demás. En efecto, cuando se subordina una modificacion jurídica al trascurso de cierto número de años,

---

§ 185, *l*) que propone la cuestion sin resolverla. Los textos más arriba citados prueban que los 30 dias eran el uso dominante; por otra parte, la otra manera de contar tenía para los Romanos más inconvenientes que para nosotros, porque las nonas y los idus no caen siempre como las kalendas en el mismo dia del mes.

(u) A. L. R., II, 8, § 855. «Cuando se expide una letra de cambio á uno ó varios meses fecha, cada mes, sin tener en cuenta el número de dias de que se compone, termina en el número correspondiente al de la fecha.» En cuanto á las prescripciones mensuales, el Código prusiano, por el contrario, reproduce las disposicionec del derecho romano y fija la duracion del mes en 30 dias. A. L. R., I, 9, § 550.

(v) Código de comercio, art. 132: «los meses son tales como se fijan por el calendario Gregoriano. «Es decir, que una letra de cambio librada á un mes de su fecha no viene á los 30 dias sino despues de un plazo correspondiente al número de dias de que conste el mes en que se expidió.

(w) A. L. R., II, 8, § 856. «Si la letra de cambio se expide el último dia del mes, y el mes del vencimiento tiene ménos dias, el vencimiento tendrá lugar el último dia del mes. Hubiera podido decidirse por vía de consecuencia que una letra de cambio librada la víspera del fin de mes, fuese pagadera el penúltimo dia del mes del vencimiento. Pero entónces sucedería que una letra de cambio á dos meses fecha, librada el 30 de Diciembre, sería exigible el 27 de Febrero, mientras que librada el 28 de Diciembre, es decir, despues, puesto que la regla se aplica precisamente á este caso. La manera de proceder expuesta en el texto evita esta inconveniencia.

de meses ó de semanas, sea cualquiera la forma en que el plazo se exprese, es preciso reducirlo á dias para determinar en cual de ellos cae el término verdadero del tiempo móvil. Una vez de terminado este dia, el término exacto tiene lugar en el momento preciso correspondiente á aquél en que se verificó el acontecimiento que sirve de punto de partida al plazo; así, por ejemplo, la *usucapion* se cumple precisamente á la misma hora en que la posesion comenzó. Se llama *término matemático* este término exacto y *término jurídico* al momento en que se verifica la modificacion en el derecho; y así puede decirse que debe existir una exacta concordancia entre el término jurídico y el termino matemático. Sin embargo, esta regla encontraría en su aplicacion obstáculos casi insuperables y áun más para los Romanos que para nosotros. Desde luego se carece de instrumentos para medir las divisiones secundarias del tiempo; y si bien los Romanos se encontraban en más desventajosa posicion (§ 180 *e*), la insuficiencia de nuestros medios no es ménos sensible. Ciertamente que las observaciones astronómicas serían en este punto un recurso importante; más para los negocios urgentes y á menudo poco importantes de la vida, ¿cómo se había de determinar de una manera rigurosa las horas, los minutos, etc.? De esta evidente imposibilidad resulta que ni áun en los actos más importantes y formalizados con mayores requisitos, si bien se indica la fecha, se exprese nunca la hora en que fueron realizados. Luego, teniendo un punto de partida exacto el término matemático, tanto para uno como para otro resulta la hora imposible de determinar. La dificultad se aumenta todavía por la variacion constante de los dias y de las horas (§ 180), variacion que, áun disponiendo de los relojes más perfectos, exige una reduccion artificial. Entre los Romanos, además, su division de hora, tan diferente de la nuestra (§ 180), hubiera complicado aún más la resolucion de este problema *(x)*.

(*x*) Esta última dificultad no existe para los plazos que se cuentan por años, tales como la usucapion, pero se hubiera presentado respecto á los plazos de 60 ó de 100 dias, de tres ó seis meses, etc., fijados por el derecho romano; y hubiera sido dificultad insuperable porque habrían necesitado de tablas de reduccion muy complicadas, que acaso no estaban los romanos en situacion de hacer, ní hubieran sido de uso general.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expresadas, parece evidente que el acuerdo entre el término matemático y el término jurídico es casi siempre imposible de lograr, y que en la práctica debemos contentarnos con una exactitud aproximada. Sin embargo, ofrecería graves inconvenientes el atenerse á este resultado puramente negativo. Desde luego, la concesion de la inexactitud podría ser exajerada y entrañar abusos; y además las tentativas, constantemente renovadas, para superar la dificultad ocasionarían un gasto de fuerzas desproporcionado con la importancia del fin. Para evitar estos inconvenientes será preciso abandonar la concordancia entre el término matemático y el término jurídico, pero encerrando esta desviacion en los más ciertos y estrechos límites que sea posible. De esta manera se satisfarán las necesidades de la práctica anulándose la pesada influencia de las dificultades señaladas más arriba.

§ CLXXXII.—VI.—*El tiempo.*—III. *Computacion civil.*

Donelo, V, 19.

Rücker, de civili et naturali temporis computatione. Lugd.—Bat. 1749.

Koch, Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, etc., Gieszen, 1796.—Bestatigung der Belehrungen, etc. 1798.

Hagemeister, über die Mündigkeit zum Testiren, Civ. Mag., tomo III, Num. 1 (1798), con un preámbuto de Hugo.

Erb, über den Annus civilis, Civ. Mag., tomo V, número 8 (1814).

Unterholzner, Verjährungslehre, I, § 90 (1828).

Löhr, über, Civilis computatio, Archiv., tomo XI (1828), página 411, 424.

Reinfelder, Annus civilis. Stuttgard, 1829.

El problema propuesto al fin del parágrafo precedente puede enunciarse de la siguiente manera: encontrar para el tiempo móvil un término jurídico fácil de reconocer y de aplicar en cualquier circunstancia, y lo ménos separado que sea posible del término matemático. Este problema es susceptible de dos soluciones diferentes las cuales descansan en el mismo principio. Puédese, en efecto, colocar el término jurídico en el momento de la media noche que precede ó de la media noche que sigue al termino matemático; consi-

guiéndose el fin en uno y otro caso, pues haciendo concordar entónces el dia móvil con el dia del calendario, no se necesita una reduccion artificial y se omiten las divisiones secundarias de tiempo que constituyen precisamente toda la dificultad. Distinguir dos dias del calendario es cosa fácil, aun para el hombre más inculto, pues resultan separados por un intervalo muy considerable, á saber, la noche que es el tiempo consagrado al reposo. Esta manera de contar puede tambien explicarse diciendo que se considera el dia del calendario, no como lo que es en realidad, esto es, un intervalo de cierta extension, sino como un todo indivisible que se toma por elemento del tiempo. Por lo demás, esta consideracion no pasa de ser una nocion abstracta, destinada á resolver las dificultades anteriormente señaladas; sin embargo, se la ha juzgado como entidad real independiente de estas dificultades y susceptible de ulteriores desenvolvimientos; procedimiento arbitrario que ha dado lugar á numerosos errores é introducido gran confusion en esta materia.

Resuelto de este modo el problema, es evidente que las consecuencias de la espiracion del plazo comienzan más pronto ó más tarde que hubieran comenzado segun todo el rigor de la regla, si ésta hubiera podido cumplirse. Resulta, pues, el plazo más largo ó más corto segun los casos; pero esta diferencia no puede nunca llegar á 24 horas, con lo cual se cumple una de las condiciones de la solucion del problema, esto es, que la desviacion se encierre en los límites más estrechos y ciertos que sea posible. Ciertamente que si se compara esta solucion con el cumplimiento riguroso de la regla resulta evidente que una de las partes gana el tiempo que la otra pierde; pero esta pérdida ó ganancia quedan fuera del fin propuesto y se consideran como un mal inevitable que se acepta para evitar otro mayor.

He dicho que estas dos soluciones del problema eran las únicas posibles; en efecto, ¿qué otra podría proponerse? El término jurídico pudiera adelantarse ó retrasarse de las 24 horas del dia, fijándolo en la media noche que precede ó sigue á las 24 horas del término matemático, y por este medio se destruiría tambien la dificultad, pero sería excederse del verdadero fin sin motivo alguno; y si el propósito en este caso parece separarse de la verdad, ¿porqué li-

mitarse á un dia en vez de dos, tres ó mayor número? Podríase tambien retrasar ó adelantar del término mátemático un dia móvil completo, de manera que, si dicho término espirase en el 2 de Enero á medio dia, se fijara el término jurídico en el 1.° ó en el 3 de Enero á la misma hora; sistema que debe ser rechazado, porque no disminuye en manera alguna la dificultad, y nos separa de la exactitud, sin que nada lo justifique.

Puesto que tenemos dos soluciones del problema, igualmente satisfactorias, sólo nos resta adoptar exclusivamente una ú otra ó aplicarlas ambas, segun las circunstancias; y para no proceder arbitrariamente se hace preciso fundar la eleccion en un principio general. Nos encontramos en presencia de una indeterminacion parcial que ha de aprovechar necesariamente á una de las partes; ahora bien, semejante indeterminacion existe en otras relaciones jurídicas, y cuando acontece, siempre aprovecha al que está llamado directamente á verificar un acto, ya sea éste potestativo, ya sea obligatorio. Así, pues, cuando se trata de una obligacion alternativa ó que su objeto se encuentre sólo determinado en cuanto á su especie, puede el deudor escojer el indivíduo ó la cualidad que haya de entregar *(a)*; y, por el contrario, cuando es indeterminada la obligacion en cuanto al tiempo y al lugar, el acreedor puede elegir, para egercitar su derecho, el tiempo ó el lugar que le convenga, puesto que este derecho, en general reconocido, no se halla limitado bajo ninguna de estas relaciones *(b)*. Si aplicamos este principio al caso que nos ocupa, tendremos los resultados siguientes. Cuando la espiracion del plazo confiera un derecho, por ejemplo, en materia de usucapion, el término jurídico tiene lugar á la media noche que precede, porque,

---

(a) L. 138, § 1, de V. O. (XLV, 1); L. 52, mandati (XVII, 1).—Así tambien el que se obliga á pagar en el trascurso de un año puede escoger el dia en que halla de realizarlo. L. 50, de O. et A. (XLIV, 7).

(b) L. 41, § 1, de V. O. (XLV, 1); L. 33, J. de act. (IV, 6). Este último texto, en el hecho de restringir el arbitrio del demandante, en el único caso en que se haya fijado para el pago un lugar determinado, admite este arbitrio para todos los demás casos. Si, no habiendo término fijado para el pago, se considerase el deudor como parte actora, dándole facultad para fijar el término, se destruiría, haciendo ilusoria una de las condiciones esenciales de la obligacion, á saber, la necesidad.

á consecuencia de la indeterminacion, puede el poseedor, en todos los instantes del dia del calendario, considerar adquirida su propiedad; cuando, por el contrario, el fenecimiento del plazo hace perder un derecho, como por ejemplo, en el caso de la prescripcion de una accion, el término jurídico se cumple en la media noche siguiente, porque, en vista de la misma indeterminacion, el poseedor del derecho puede sostener, en todos los momentos del dia del calendario, que está expedita su accion (*c*). De esta manera se procede en los casos ordinarios, esto es, en aquellos en que una regla somete al cumplimiento de un plazo una modificacion en el derecho; pero si con arreglo á una condicion expresa el plazo debiera haber pasado para que la modificacion se verifique, el término jurídico, aun tratándose de la adquisicion de un derecho, habrá de fijarse siempre en la media noche siguiente; pues siendo indivisible el dia del calendario, para decir que el término jurídico había pasado, sería necesario esperar al dia siguiente (*d*).

Esta teoría de la computacion civil difiere enteramente de la adoptada por la mayor parte de los autores, los cuales, en ciertos casos, cuentan el tiempo de una manera particular, que consiste en considerar totalmente acabado el plazo cuando comienza su última parte. Se llama *civilis computatio* esta computacion anormal, y *naturalis* la computacion ordinaria. En cuanto á la determinacion de los casos en que deba aplicarse una ú otra computacion, difieren de tal

(*c*) En este punto podría pretenderse entender la regla al revés, porque, por consecuencia de la usucapion, el antiguo propietario queda despojado de su derecho, y por consecuencia de la prescripcion el deudor adquiere una excepcion. Pero estos personajes representan aquí un papel secundario y la regla se aplica directamente á los adversarios cuya diligencia ó incuria determina una modificacion en el derecho.

(*d*) A primera vista parece que debe rechazarse por demasiado sutil esta úttima distincion: pero los testimonios de antiguos jurisconsultos destruyen todas las dudas sobre este punto. L. 1, de manumiss. (XL, 1): «non enim majori XX permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari: jam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi.» (Si la ley hubiese hablado de un *major* no hubiera exigido un dia más). L. 66, de V. O. (XLV, 1): «quia de minore lex loquitur.» L. 3, de j. immun. (L. 6). «Majores LXX annís a tutelis et muneribus vacant... non videtur major esse LXX annis, qui annum agit septuagesimum.» Véase L. un., C. qui ætate (V, 68); L. 3, C. qui ætate (X, 49); L. 2, pr. de excus. (XXVII, 1).

modo las opiniones que no podría referírselas á un centro comun. Con arreglo á este sistema existen, pues, dos maneras de contar los dias: en una, el término jurídico concuerda con el término matemático; en la otra, aquel es anterior á éste; resultando, por consiguiente, el plazo disminuido. Antes de examinar los textos decisivos sobre esta materia, voy á hacer algunas observaciones sobre el conjunto de este sistema. Una vez establecido el principio de la *civilis computatio (e)*, parece que debería aplicarse al último año ó al último mes, de igual modo que al último dia; y efectivamente así lo pretenden varios autores, si bien la mayor parte restringen su aplicacion al último dia *(f)*. Pero ¿sobre qué base descansa esta anomalía que ni siquiera sirve para obviar la dificultad que presentan, en su apreciacion, las divisiones secundarias del tiempo? Varios autores no ven en todo ello más que una medida arbitraria, una generosidad á favor de la reduccion del plazo; pero como esta generosidad se ejerce en perjuicio de una de las partes, que pierde lo que la otra gana, debe ser rechazada tal interpretacion, como cualquiera otra que prolongue la desviacion más allá del último dia. No sería más acertado creer que la referida anticipacion tenga el carácter, no de un favor concedido á una de las partes, sino de un medio de reformar antiguas reglas que hubiesen establecido plazos demasiado largos; porque abreviar un plazo en un medio dia ó, como quieren la mayor parte de los autores, en dia y medio, es una modificacion tan pequeña que se hace poco honor á los legisladores y á los jurisconsultos atribuyéndoles la idea de semejante reforma.

Oportuno será examinar ahora las expresiones teóricas *civilis* y *naturalis computatio,* las cuales hasta el presente han sido aceptadas casi sin reclamacion. Los únicos textos

---

(e) Bajo esta forma abstracta es como se considera el asunto, y principalmente por Koch, pág. 21.

(f) Para la admision á las cargas honoríficas de los municipios no se exigía que estuviese cumplido el vigésimo quinto año; bastaba que hubiese comenzado. L. 8, de muner. (L. 4); L. 74, § 1, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1). Esta era una regla aislada que ninguna relacion tenía con la computacion civil del tiempo, y que resultaba de la letra de una ley enteramente particular.

en que puede encontrarse el lenguaje auténtico de las fuentes relativo á este asunto son los que á continuacion se copian:

L. 3; § 3, de minor. (IV, 4): «Minorem.... videndum an.... dicimus *ante horam qua natus est*... ita erit dicendum, *ut a momento in momentum* tempus spectetur.» L. 6, de usurp. (XLI, 3). «In usucapionibus *non a momento ad momentum*, sed totum postremum diem, computamus.»

L. 134 de V. S. (L. 16): «quia annum *civiliter non ad momenta temporum*, sed *ad dies* numeramus.

De ellos se desprende que la única fraseología precisa y constante establecida por estos textos es: *a momento in (ad) momentum tempus spectare (computare)*, ó *ad momenta temporum annum numerare;* manera de contar que sólo se admite en el caso particular de que habla el primer texto. El sentido de esta fraseología técnica no es dudoso ciertamente: designa la manera de contar el tiempo teniendo en cuenta sus menores divisiones, habiéndose de calcular, como expresamente lo dice el primer texto, la hora del dia; esto es lo que yo he llamado la concordancia del término jurídico y del término matemático. Esta manera de contar se opone al «*totum* postremum dien computare» ó al «*ad dies* annum numerare», esto es, al desprecio de las divisiones secundarias, no contando más que los dias enteros como si fuesen indivisibles; pero nada hay que exprese si este último modo de contar prolonga ó abrevia el plazo.

Las expresiones *civilis* y *naturalis computatio* no se encuentran pues en ningun texto, y únicamente las palabras *civiliter numerare* ofrecen algun parecido con la fraseología arbitariamente creada por los autores modernos *(g)*, fraseología que tiene más importancia de la que á primera

---

(*g*) *Annus civilis*, designa en Macrobio, Saturn, I, 14, el año regulado por el nuevo calendario de César, y, por tanto, esta expresion es tan extraña á nuestro asunto como la de *dies civilis* (§ 180, *b*). Es verdad que la frase *annus civilis* se encuentra en la rúbrica del capítulo III, 2, de Aulo Gelio, relativo al computo que nos ocupa, pero estas rúbricas no son testimonios auténticos, ni esta fraseología se parece á la usada por los jurisconsultos.—He adoptado la expresion *computo civil del tiempo* con el fin de ser mejor comprendido por los lectores habituados á la fraseología ordinaria; y he evitado la forma latina para no contribuir al error de los que consideran esta forma como expresion técnica de los Romanos.

vista parece, pues ha sido un obstáculo constante para las indagaciones de una crítica imparcial. En efecto, de esta division bipartita parece resultar que, fuera de la computacion *ad momenta*, no hay más que una sola posible, á saber: la llamada *civilis computatio*, fundando en esta pretendida técnica denominacion la idea exclusiva de contar abreviando siempre el plazo. Además, la misma denominacion de *naturalis computatio* conduce, sin apercibirse de ello, á considerar como normal esta computacion y como aplicable á todos los casos que no tengan el carácter de excepcion especial. Prevenidos con semejantes ideas, es imposible proceder á una interpretacion clara é imparcial de los textos decisivos que establecen los verdaderos principios sobre la materia.

El lenguaje auténtico de las fuentes, tal como lo acabo de fijar, tiene tambien, bajo otra relacion, una gran importancia. La expresion *non a momento* es sinónima de *civiliter*, lo cual nos muestra que la simple negacion del cálculo por momentos agotal a idea contenida en la palabra *civiliter*. Así, la computacion civil tendrá que limitarse á la media noche que precede ó sigue al término matemático, pues otra cosa excedería de la simple negacion del *momentum*.

Si las consideraciones expuestas no resuelven completamente las cuestiones que nos ocupan, preparan al ménos la solucion que haya de dárseles despues de un estudio atento de los textos del derecho romano; y para que su interpretacion tenga por base la crítica, vamos todavía á examinar dos cuestiones preliminares. Numerosos textos, y los más importantes, fijan, unas veces el *último* dia del plazo, y otras un dia señalado por un *número ordinal*; ahora bien, sobre esta materia se suscitan las dos cuestiones dichas: 1.ª ¿los dias de que hablan estos textos son dias móviles ó dias del calendario? 2.ª ¿cómo deben calcularse los dias señalados por números ordinales?

En cuanto á la primera cuestion, esto es, la relativa al *último* dia mencionado en varios textos (*h*), y á los dias se-

---

(*h*) Hé aquí los principales textos que hablan del *último dia, supremus dies*, la L. 1, de manumiss., (XL, 1).—*Postremus*, L. 6, de usurp. (XLI, 3).—*Novissimus*, L. 15, pr. de div. temp. præscr. (XLIV, 3), y L. 6, de O. et A. (XLIV, 7).—*Extremns*, L. 132, pr. de V. S. (L, 16).

ñalados en otros por *números ordinales*, la palabra *dies* podría designar, ciertamente, un dia móvil de igual modo que un dia del calendario; de manera, que si caía, por ejemplo, el término matemático en el 2 de Enero al medio dia, el *postremus dies* principiaría á medio dia del 1.º de Enero y terminaría á la misma hora del dia 2. Pero como algunos textos, ya citados, fijan el principio del último dia precisamente á la media noche que precede al término matemático, hay que abandonar absolutamente la idea del dia móvil (*i*); debiendo entender de igual manera los demás textos ménos explícitos relativos á esta materia. Este sistema de interpretacion se funda en la naturaleza misma de las cosas y nos proporciona el único medio de salvar la dificultad práctica más arriba señalada, en vista de la cual únicamente se comprende cómo haya podido modificar el derecho positivo la duracion de un plazo. Es, en efecto, natural admitir que para la decision de los casos particulares, todos estos textos nos remitan á los dias del calendario, los cuales caen bajo la percepcion inmediata de los sentidos, y no á los dias móviles que exigen una reduccion artificial y difíciles pruebas. Si, pues, el *postremus dies* es un dia del calendario, éste no puede ser más que aquél en que cae el término matemático, de cuyo dia sólo una parte corresponde al plazo fijado, puesto que, en lo demás, es en parte anterior y en parte posterior al término matemático. Esta interpretacion del *extremus dies* se encuentra confirmada por el sentido que en otra materia se atribuye al *extremus annus*, como lo comprueba el siguiente ejemplo. Sabemos que los frutos de la dote pertenecen al marido durante el matrimonio, y que, disuelto éste, corresponden á la mujer ó á sus herederos; para aplicar esta regla á los frutos de una finca rústica se cuentan los años del matrimonio, empezando por el dia de su celebracion; el año en que la disolucion se verifica se llama *extremus* ó *novissimus annus*, y los frutos de este año se dividen entre el marido y la mujer en proporcion del tiempo que de él ha trascurrido (*k*). De

---

(*i*) Me refiero á los tres primeros textos citados en la nota precedente. El primero (L. I. de manum.) habla formalmente de la media noche de vigilia y los otros dos tambien lo expresan en virtud de su relacion

manera que así como *extremus annus* designa el año en que acontece su disolucion y del cual pertenece una parte al tiempo del matrimonio, de igual modo, en la materia que nos ocupa, *extremus dies*, es el dia del calendario que, hasta el momento del término matemático *(ad momentum)*, forma parte integrante del plazo.

Lo dicho sobre el *último* dia se aplica igualmente á los dias designados por un número, respecto á los cuales sentaremos el mismo principio: estos son dias del calendario, y no dias móviles (*l*). Sobre esta materia invocaré, primeramente, la analogía de los textos referentes al *postremus dies (m);* en segundo lugar, el argumento sacado de la misma naturaleza del asunto, argumento igualmente aplicable á uno y otro caso; y por último, la circunstancia decisiva de que uno de los textos donde se designan los dias por medio de un número, rechaza expresamente el cálculo *ad momenta* y establece el de los dias del calendario (*n*). En su virtud, podemos desde luego establecer como principio general, que siempre que deje de tener efecto la exactitud del término matemático, ha de fijarse el jurídico en la media noche, es decir, en el límite de un dia del calendario *(o)*.

Paso á la segunda cuestion, la de saber de qué manera debe entenderse el número cuando los textos determinan

---

con la L, 7, de usurp. (XLI, 3). Cito literalmente estos textos en el § 183.

(*k*) L. 31, de pactis dot. (XXIII, 4); L. un. § 9, C. de r. u. a. (V, 13); en otras partes se le llama *annus quo divortium factum est*. L 5; L. 7, § 3. L. 11, sol. matr. (XXIV, 3); Paulo, II, 22, § 1.

(*l*) Citaré sobre esta materia los textos siguientes: L. 30, § 1, ad L. J. de adult. (XLVIII, 5), *sexagesimus*.—L. 101, de R. J. (L. 17), *sexagesimo et primo*.—L. 1, § 8, 9, de succ. ed. (XXXVIII, 9), y L. 2, § 4, quis ordo (XXXVIII, 15), *centesimus*.—L. 134, de V. S. (L. 16), *trecentesimo sexagesimo quinto*.

(*m*) Esta analogia, evidente por sí misma, se halla además directamente probada en uno de los casos citados. En efecto, el mismo dia denominado *extremus* por la L. 132, de V. S., se llama *trecentesimus sexagesimus quintus* por la L. 134, de V. S.; y ámbos textos pertenecen al mismo autor.

(*n*) L. 134, de V. S. (L. 16). V. § 184.—Como este texto excluye en términos formales el cálculo de los momentos, el *incipiente die*, sólo puede designar el principio del dia del calendario, de donde se sigue que los dias designados por número son dias del calendario.

(*o*) Los principales textos que se refieren á la media noche son: Aulo Gelio, III, 2; L. 7, de usurp. (XLI, 3); L. 1, de manumiss. (XL, 1); L. 5. qui test. (XXVIII, 1).—Por lo demás he de hablar con extension de estos diferentes textos que cito aquí solamente para un objeto especial.

por un número ordinal (nota *l*) la duracion del plazo *(p)*. Tenían los Romanos, en efecto, dos maneras de computar los números ordinales, principalmente con ocasion de los plazos: la una que comprende, la otra que excluye el punto de partida, esto es, el dia, cuando se trata de un cierto número de dias, y como quiera que la fraseología de los Romanos no es nada uniforme, estamos autorizados, en todos los textos que expresan los plazos por números, para adoptar la manera de contar que ponga más en armonía este texto con las reglas jurídicas establecidas en otras partes. Es preciso, por tanto, considerar estos textos como un terreno neutral que no puede servir de prueba para ninguno de los dos sistemas. La eleccion entre estas dos acepciones puede servirnos principalmente para explicar las contradicciones aparentes que presentan los textos de los antiguos jurisconsultos.

Antes de comenzar el exámen de los diferentes casos en que se manifiesta la computacion civil, voy á hacer una reflexion preliminar. No es absolutamente necesario que los Romanos hayan procedido sobre este punto con entero conocimiento; su marcha puede haber sido irreflexiva, arbitraria, llena do contradicciones, pueden haberse extraviado en especulaciones raras con motivo de un asunto de diaria aplicacion y de una necesidad práctica: todo esto es posible; pero, si á pesar de ello interpretamos sus doctrinas disculpándolos de semejante reproche, y encontramos,—en medio de la diversidad,—consecuencia, simplicidad y discrecion, obtendremos un resultado, no sólo provechoso, sino tambien más conforme con el espíritu general que ha guiado á los Romanos en tantas otras materias del derecho.

Con el fin de que se comprendan más fácilmente las investigaciones particulares que van á seguir, hé aquí de antemano, y en pocas palabras, los resultados que creo haber obtenido. Casi siempre el termino jurídico de un plazo está separado del término matemático; este término jurídico se fija, unas veces en la media noche que precede, y otras en la

---

(*p*) Me limito en este punto á indicar en pocas palabras la solucion de esta cuestion difícil. Su discusion, que excedería de los límites de mi obra, se encuentra en el apéndice XI.

media noche que sigue al término matemático, lo cual se verifica conforme á los principios generales desenvueltos precedentemente sobre la aplicacion de ámbos métodos. En un solo caso concuerda el término matemático, el *momentum temporis*, con el jurídico, y es el de la menor edad como condicion de la restitucion.

Esta doctrina difiere en diversos grados de la adoptada por los autores.

La mayor parte de éstos, á pesar de algunas divergencias, están de acuerdo sobre los puntos siguientes: Fijan, en la mayoría de los casos, el término jurídico, no en la media noche que precede al término matemático, sino 24 horas ántes. En otros casos en que yo admito la media noche siguiente, ellos admiten el término matemático, dando así al cálculo *ad momenta* mucha más extension que le he asignado. En cuanto á mí, no he visto en parte alguna colocado el término jurídico ántes del término matemático; y, sin embargo, esta computacion estaría más conforme con los principios generales establecidos por varios autores *(q)*.

§ LXXXIII.—VI.—*El tiempo. 3. Computacion civil.* (Continuacion).

Cuéntanse primeramente entre los casos particulares, aquéllos en que se confiere un derecho por la espiracion de un plazo.

A. Usucapion.

La usucapion es la relacion de derecho, respecto de la cual poseemos, en cuanto al cálculo del tiempo, datos más numerosos. Tenemos un texto del antiguo Q. Mucio Scevola que nos ha sido conservado por los autores modernos, y además un texto de Venuleyo y dos de Ulpiano.

El texto de Scevola se encuentra en Aulo Gelio (III, 2) y en Macrobio (Saturn., I, 3); pero como quiera que Macrobio

(*q*) Koch, p. 26, 94, estima que la verdadera *civilis computatio* debe comenzar 24 horas ántes del término matemático; despues añade que los jurisconsultos romanos no reconocieron nunca esta computacion, sino que primeramente tomaron como punto de partida la hora de la media noche que sigue á este término matemático, el único rigurosamente verdadero, y despues adoptaron la media noche que precede á este término, y que tal es el derecho actualmente en vigor.

lo haya tomado de Aulo Gelio, sólo nos puede servir para rectificar el texto de este último. Ahora bien, el texto rectificado de Aulo Gelio *(a)* se halla concebido de la siguiente manera:

«Q. quoque Mucium Ic. dicere solitum legi, Lege non isse usurpatum mulierem, quæ kalendis januariis apud virum causa matrimonii esse cæpisset, et ante diem quartum kalendas januarias sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod habere a viso usurpandi causa ex XII tabulis deberet: quoniam tertiæ noctis posteriores sex horæ alterius anni essent qui inciperet ex kalendis.»

Segun la ley de las XII Tablas, el matrimonio ordinario que durase, sin interrupcion, un año, sometía á la mujer al poder del marido, consecuencia que expresamente se refería á la usucapion anual de las cosas muebles. Esta usucapion se interrumpía cuando la mujer pasaba al ménos tres noches enteras cada año fuera de la casa del marido *(b)*. Pues bien; Scevola presenta sobre este asunto un caso que será comprendido perfectamente por medio del siguiente cuadro:

28 DICIEMBRE	29 DICIEMBRE	30 DICIEMBRE	31 DICIEMBRE	1.° DE ENERO
V. Kal. jan.	IV. Kal. jan.	III Kal. jan.	Pridie Kal. jan.	Kal. jan.

La mujer se había casado el 1.° de Enero, y el 29 de Diciembre *(c)* del mismo año había dejado la casa de su marido, creyendo observar de esta manera el *trinoctium* y evitar la *manus*. Pero, dice Scevola, esta mujer se engaña, por-

---

(a) No he de detenerme sobre la crítica del texto, porque dicha crítica no tiene interés para la cuestion que nos ocupa. Los materiales de ella se encuentran en las notas sobre Aulo Gelio, de Erb., p. 213 y sig.

(b) Gayo, I, § III, donde se lee: «velut annua possessione *usucapiebatur*.»

(c) Scevola habla indudablemente del antiguo año de 355 dias, en el cual el mes de Diciembrs sólo tenía 29 (Macrob., Sat., I, 13, 14); así el d. IV. Kal., J., era el 27 de Diciembre, y no el 29 como en la actualidad lo sería. Pero esto no constituye una diferencia notable, porque la relacion entre el dia que designa y las Kalendas siguientes continúa siendo la misma; la introduccion del nuevo calendario en nada cambia la decision, ni en el fondo ni en la forma.

que el año de la usucapion había terminado á la media noche que comienza el 1.° de Enero siguiente; y así, la primera mitad de la tercera noche no pertenece al primer año del matrimonio; de modo que la ausencia de la casa conyugal no ha durado más que dos noches y media, lo cual, segun el jurisconsulto, no es bastante. Para conseguir su objeto, dice Scevola, debió ausentarse de la casa del marido el 28 de Diciembre.

Entre todos los textos que poseemos este es de tal manera preciso que no se presta á ninguna especie de duda (*d*). Nos dice formalmente que la usucapion se cumple, no en el momento del término matemático *(ad momenta)*, que tendría lugar á una hora determinada durante el trascurso del 1.° de Enero, sino en la media noche que comienza al fin de dicho dia; de suerte que no es en la media noche posterior ó anterior en 24 horas al 1.° de Enero, pues entónces la usucapion se cumpliría el 30 de Diciembre. La computacion civil se verifica por consiguiente, en este caso, en la forma arriba indicada (§ 182), para todos aquellos en que la adquisicion de un derecho se subordina á la ejecucion de actos no interrumpida durante cierto plazo; y en efecto, á esta categoría pertenece la usucapion, pues la continuidad de la posesion es la que confiere la propiedad al poseedor (aquí la *manus*). L. 15, pr. de div. temp. præscr. (XLIV, 3). (Venuleyo, lib. V, Interd.): «In usucapione ita servatur, ut, etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad exemplum constitutum tempus.»

Se llama *novissimus dies* el dia del calendario en que cae

(*d*) Rheinfelder, pág. 170, pretende que la expresion *ante diem* IV puede designar de igual modo el dia anterior od. IV (29 de Diciembre) que este mismo dia; pero no es admisible esta suposicion. Desde luego, la locucion *ante diem* IV *post ipso die* IV, no puede ponerse en duda (§ 180, *e*) y Rheinfelder nada conseguiría para su intento con que *ante* se tomase, no en su acepcion especial, sino en la general de esta palabra, pues en este caso Scevola hubiera dicho que no produciría efecto alguno el que la mujer hubiese abandonado la casa conyugal en una época anterior al 29 de Diciembre, lo cual es un absurdo. Segun el sistema de Rheinfelder, hubiera debido decir que no basta á la mujer dejar la casa conyugal el dia que inmediatamente precede, es decir, el 28 de Diciembre; pero tal sentido no puede expresarse nunca por la palabra *ante*, cualquiera que sea la acepcion en que se la considere.

el término matemático (§ 182). Así, para una usucapion comenzada el 1.° de Enero, el *novissimus dies* será un 1.° de Enero futuro, más ó ménos próximo, segun la duracion de la usucapion. El sentido de Venuleyo es, por tanto, el siguiente: la usucapion se cumple desde que comienza el último dia del calendario, y no al fin de este dia. La negacion se refiere, pues, á la media noche siguiente, en la cual hubiera podido pensarse, y de ningun modo al *momentum*, término matemático, que no se menciona y se encuentra indudablemente excluido por la afirmacion precedente.

L. 6, de usurp. (LXI, 3). Ulp., lib. XI, ad Ed., L. 7, de usurp. (XLI, 3). Ulp., lib. XXVII, ad Sab. «In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.—Ideoque qui hora sextà noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem.» Observo desde luego, que estos dos textos corresponden á dos obras diferentes, una ad Edictum, otra ad Sabinum; y como, segun el sistema adoptado por los redactores del Digesto, el segundo texto no tenía cabida en esta recopilacion, es evidente que se ha insertado por excepcion, á causa de su contenido *(e)*. Esta circunstancia y el empleo de la conjuncion *ideoque* nos prueban que ámbos textos están íntimamente ligados, y que pueden considerarse como uno solo. Así, el primero nos dice: en materia de usucapion no se tienen en cuenta las divisiones secundarias que componen el último dia del calendario, sino que se considera este dia como un todo indivisible, y se reputa cumplido en todos los instantes de su donacion *(f)*. *En su consecuencia*, añade el segundo, el que empieza á poseer en la hora sexta cumple el tiempo de la usucapion á la hora sexta del 31 de Diciembre del año si-

(e) Bluhme, über die Ordung der Fragmente in den Pandecten, Zeit sch. f. gesch. Rechtswiss., tomo III, pág. 465, con la tercera tabla que acompaña á este artículo.

(f) Donelo, § 2; Rücker, pág. 20; Unterholzner, pág. 303. concuerdan conmigo en la interpretacion del *totum postremum diem*.—Erb., página 199, que tratando de otros puntos expone el sentido verdadero de los textos relativos á la usucapion, entiende por *totum postremum* el último dia que, *por entero*, forma parte del tiempo necesario para la usucapion, esto es, el 31 de Diciembre, el cual, por consiguiente, debe haber *pasado*. El resultado es el mismo que el mio; pero su explicacion es demasiado forzada para que pueda admitirse.

guiente. La *hora sexta noctis* es la hora que precede inmediatamente á la media noche *(g)*. Aquí Ulpiano sobreentiende evidentemente *completa* ó *exacta*, de manera que la usucapion se cumple, no al principio ni al medio, sino precisamente al fin de esta hora sexta *(h)*. Por medio de esta perífrasis designa la media noche que separa el 31 de Diciembre del 1.° de Enero; y al nombrar, á este efecto, la hora que precede á la media noche, debía decir *pridie*, puesto que esta hora pertenece enteramente al 31 de Diciembre *(i)*. El sentido de Ulpiano es el siguiente: la usucapion se cumple á la media noche que indica el término de la última hora del 31 de Diciembre, y del 31 de Diciembre mismo. De igual modo hubiera podido decir; la usucapion se cumple en el primer momento del 1.° de Enero, y entónces se hubiera expresado como Venuleyo. Por lo demás, el pensamiento de ámbos jurisconsultos es absolutamente el mismo.

De esta manera entendidos, concuerdan perfectamente todos los textos relativos á la duracion de la usucapion. Así es que esta interpretacion no es nueva y ya la han expuesto varios autores de una manera satisfactoria *(k)*. Otros, por el contrario, ven diferencias entre estos textos. Koch, por ejemplo, que no conocía el texto de Scelova, pretende que los

---

(*g*) Esto es la hora que durante los equinoccios equivale á la nuestra de las 11 de la noche. Para los Romanos esta *hora sexta* era el 31 de Diciembre bastante más larga y la *hora sexta diei* siguiente, considerablemente más corta.

(*h*) Aulo Gelio, III, 2, dice en el mismo sentido: «diem... civilem... *a sexta noctis hora* oriri,» donde se sobreentiende igualmente *completa*. Véase Donelo, § 3; Unterholzner, pág. 303.

(*i*) Podría pretenderse añadir inmediatamente *noctis pridie kal.*, y así, *nox pridie kal.*, designaría la mitad perteneciente al 31 de Diciembre y la otra mitad al 1.° de Enero, puesto que comienza el 31 de Diciembre, de igual modo que nosotros llamamos semestre de invierno de 1839 al que comienza en este año y acaba en 1840. En efecto, los negocios y las relaciones sociales se prolongan ordinariamente durante la noche; de modo que esta puede ser considerada como la prolongacion y el complemento del dia que la precede. Pero no tenemos necesidad de recurrir á esta explicacion, pues la *hora sexta noctis* corresponde al *pridie* á que siguen las kalendas. La paráfrasis siguiente del texto del Ulpiano pondrá más de manifiesto esta verdad; «la usucapion se cumple cuando ha pasado la hora que media entre las 11 y la media noche del 31 de Diciembre.»

(*k*) Como por ejemplo, Erb, p. 191 y sig., p. 213 y sig., y Unterholzner, p. 301 y sig.

antiguos jurisconsultos, y entre ellos Venuleyo, colocaban el término jurídico en la media noche que precede inmediatamente al término matemático, y que Marciano y Ulpiano lo colocaban veinticuatro horas ántes: computaciones, dice este autor, igualmente erróneas, pero que la última debe hacer ley por ser más reciente *(l)*. Otros, admitiendo la idea de un progreso en la ciencia, la han desenvuelto de la siguiente manera. Para satisfacer las necesidades de la práctica, bastaría fijar el término jurídico en la media noche que precede inmediatamente al término matemático; pero cuando se profundizó más en el asunto, hubo de retrasarse este término por veinticuatro horas más. En efecto, si se considera el dia del calendario como un elemento indivisible del tiempo, debe admitirse que la posesion adquirida durante el trascurso del primero de Enero, estaba ya adquirida desde el principio de este dia; así, pues, la usucapion comenzada el primero de Enero, termina el 31 de Diciembre; pero como este dia es igualmente indivisible, se encuentra cumplida la usucapion tan pronto como comienza el 31 de Diciembre, y este dia es el que se llama *postremus* ó *novissimus dies*. En vano se objeta contra esto la manera que tiene Scevola de calcular el *trinoctium*, pues, en primer lugar, es posible que tomase el *ante diem* en otro sentido que el que se le asigna de ordinario, y, en segunto lugar, la ciencia no había hecho por entónces el progreso de que hemos hablado *(m)*. Pero ya he señalado anteriormente (§ 182) el vicio de esta doctrina. De un expediente imaginado sólo para responder á una necesidad puramente práctica, han hecho estos autores, sin fundamento alguno, un sistema científico que ha sido más tarde desarrollado, atribuyendo sus resultados á los jurisconsultos romanos. Sin embargo, muy ajenos de aplicar la nocion artificial del dia del calendario al principio de un plazo, los jurisconsultos romanos no hablan más que del *novissimus dies;* y si el cálculo *ad momenta* no hubiese entrañado dificultades graves en su aplicacion, no hubieran

---

(*l*) Köch. p. 78-94, véase § 182 *p*.
(*m*) Rheinfelder, págs. 11-16. págs. 160-170.—Löhr, Archiv., vol. XI, p. 422, 423 conviene igualmente en desechar el testimonio de Scevola como de un jurisconsulto demasiado antiguo.

pensado en abandonarlo ni les convenía separarse de él en más de lo necesario para resolver la dificultad.

B. Capacidad de emancipar.

L. 1 de manumiss (XL, 1). (Ulp., líb. VI, ad Sab.): Placuit eum, qui Kalendis Januariis natus, post (horam) sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere: non enim majori XX annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari: jam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi.

Segun la *lex Ælia Sentia*, el indivíduo menor de 20 años no tenía el derecho ilimitado de emancipar á sus esclavos; y, en su virtud, se pregunta en qué dia termina la prohibicion. De la solucion que se diera á esta cuestion podía depender la validez de una manumision, y, por vía de consecuencia, la libertad de un hombre y su derecho de ciudad. La decision de Ulpiano puede traducirse de este modo: el indivíduo nacido el primero de Enero, trascurrida la hora sexta de la noche del 31 de Diciembre, tiene capacidad para manumitir, como si hubiese cumplido el vigésimo año de edad, porque la ley no dice que para manumitir sea necesario tener *más* de 20 años, sino que es preciso no tener *ménos* de esta edad *(n)*; ahora bien, no puede decirse que el que ha llegado al último dia del calendario, correspondiente al de su vigésimo año, sea menor de 20 años de edad. O, en otros términos, que puede manumitir el dia mismo correspondiente al de su nacimiento y desde el punto en que este dia comienza, esto es, inmediatamete despues de la media noche, del dia precedente. De donde se desprende que Ulpiano sigue, respecto de la capacidad de manumitir, el mismo cálculo que respecto del término de la usucapion.

Las consideraciones siguientes vienen á confirmar todavía esta interpretacion. Hemos visto, con motivo de la L. 7 de usurp., el significado de la *hora sexta noctis pridie Kal. Jan;* y comparándola con la L. I de manumiss., resulta que la diferencia entre ambos textos se reduce á que la L. 7 dice *hora sexta,* sobreentendiéndose *exacta,* mientras que la L. 1 de manumiss. dice *post sextam;* diferencia de redaccion

---

(*n*) Este pasaje del texto se encuentra confirmado literalmente por la ley 66, de V. O. (XLV, 1).

que no es puramente accidental, pues si puede decirse que en la media noche precisa se cumple la usucapion y se adquiere la propiedad, no sucede lo mismo con la manumision, porque es un acto cuyas formalidades exigen cierto tiempo y no puede considerarse realizada en el momento de la media noche, sino *despues* de esta media noche. La *hora sexta noctis pridie Kal. Jan.* no cambia por esto de naturaleza y permanece siempre la misma, ya sea que para designarla haya de sobreentenderse la palabra *exacta,* ya sea que se la haga preceder de la preposicion *post* ó *ante (o)*. El «*quasi* compleverit» expresa la computacion civil; pues rigurosamente hablando, el vigésimo año no se ha cumplido antes de la hora en que se verificó el nacimiento. Las palabras *non enim majori*, etc., significan: si la ley hubiese dicho *major* XX *annis,* habrá de entenderse, no que se hubiera cumplido el vigésimo año, sino que se hubiera pasado de esta edad; no siendo, por tanto, permitida la manumision hasta el dia siguiente, es decir, el 2 de Enero (§ 152); pero la ley no se expresa así. El *dies supremus* es el que la L. 15 de div. temp. præscr. llama *novissimus dies (p)*, y por consiguiente, en este punto, el dia del nacimiento.

Tal interpretacion, que ya otros habían dado *(q)*, me parece confirmada principalmente por la paridad que establece respecto á la manera de calcular el tiempo entre la capacidad de manumitir y la usucapion. En efecto, en uno y en otro caso se subordina la adquisicion de un derecho al

---

(*o*) Erb., pág. 197, 198 entiende que la L. 1, de manumiss, declara terminado el plazo al comerzar el 31 de Diciembre; interpretacion que indudablemente se debe á que este autor separa *posse manumittere,* en cuyo caso el sentido sería: despues de la media noche y en el trascurso del 31 de Diciembre; pero esta separacion es arbitraria, porque las palabras *post sextam noctis pridie kal.* designan en su conjunto una sola y única fijacion de tiempo. Erb, además, incurre en una inconsecuencia, porque interpreta de otro modo la L. 7, de usurp. concebida en términos muy semejantes á los de la L. 1, de manumiss. Las palabras que preceden inmediatamente á *hora VI die kal. Jan.* hacen imposible cualquier otra construccion en la L. 7.

(*p*) Erb, páginas 200, 201 entiende rectamente el *novissimus dies* de la L. 15 de div. temp. præscr.; pero en la pág. 207 dá una equivocada interpretacion del *supremus*, sin que aparezca motivo alguno para esta diferencia.

(*q*) Por ejemplo, Unterholzner, pág. 208.—Donelo, 3, expresa la misma opinion, pero sin desenvolverla.

fenecimiento de un plazo; luego, siendo idéntica la modificacion bajo pena de arbitrariedad é inconsecuencia, deben someterse ambas instituciones al mismo régimen *(r)*.

Justiniano ha reducido los 20 años á 17; pero esto en nada influye respecto al modo de hacer la computacion *(s)*.

§ CLXXXIV.—VI.—*El tiempo.* 3.—*Computacion civil.* (Continuacion).

C. Anniculus.

Cuando un *latino* se casaba con una ciudadana romana ó una *latina* y tenía de ella un hijo que viviese un año entero, llegando á ser por esto *anniculus*, el padre, la madre y el hijo adquirirían el derecho de ciudad *(a)*. Por esta razon, cuando el hijo moría hácia el fin del primer año, era de gran importancia determinar exactamente la edad que este hijo había alcanzado, puesto que de ella dependía el que los padres adquiriesen ó no el importante privilegio de la ciudadanía. Y hé aquí cómo se expresa Paulo respecto á este asunto en dos diferentes textos:

L. 132, pr. de V. S. (L. 16). (Paul., lib. III, ad L. Jul. et Pap.). L. 134 de V. S. (L. 16). Paulo, lib. II, ad L. Jul, et Pap.): «Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur: et

---

(r) Erb, pág. 226, 233 da por motivo de esta diferencia en ln práctica que el acto de la manumision exige cierto tiempo, que no es necesario para la adquision de la propiedad por medio de la usucapion. Esto explicaría porqué una tiene lugar *en el momento* de la media noche y la otra *despues* de la media noche; pero de ninguna manera justifica la diferencia de 24 horas.

(s) § 6, J. qui et quib. ex c. (I, 6): «nisi XVII annum impleverit, et XVIII annum *tetigerit.*» Rücker, pág. 54 interpreta estas palabras en el sentido de haber pasado el término; pero *tangere* quiere decir *tocar* y no exceder ó pasar; de manera que este texto confirma en realidad la disposicion que precede y no constituye, de modo alguno, una prescripcion nueva en la manera de contar.

(a) Muchos autores concuerdan en atribuir á la L. Elia Sencia el orígen de esta regla, entre otros Gayo, I, § 29, 31, 66, 68, 70, 71, 80, y Ulpiano, VII, § 4. Parece, pues, que el único pasage que atribuye su orígen á la L. Junia (Ulpiano, III, § 3) debe ser rectificado. Algunos han creido equivocadamente que esta regla había sido establecida por la L. Junia y su principal razon consiste en que los dos textos de Paulo más arriba citados, relativos á esta regla, están sacados de un comentario sobre la L. Junia, pero nada se opone á que este comentario tratase de materias análogas aunque su orígen se encuentre en otras layes.

consuetudo loquendi id ita esse declarat *ante d. kal., post. d. X kal.*: neque utro enim sermone undecim dies significantur.

«Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane non exacto die: quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.»

El primer texto se explica por lo que he dicho más arriba (§ 182) sobre el sentido de *extremus dies*. Si, pues, el hijo había nacido el 1.° de Enero, el *extremus dies* es el 1.° de Enero siguiente, es decir, el dia aniversario de su nacimiento; de manera, que si muere en un instante cualquiera de este dia, muere *anniculus*, y sus padres obtienen el beneficio de la *lex Ælia Sentia* (*b*). El motivo que en seguida expresa en términos un tanto oscuros, se refiere á la distincion anteriormente señalada (§ 182, 183); de los casos en que, segun la ley, el plazo debe haber *pasado* ó estar *cumplido*. Así, pues, Paulo quiere decir: de otra manera sería si la ley hubiese hablado de un *anniculus major*, pues entónces sería preciso, para que confiriese el derecho de ciudad á sus padres, que el hijo hubiese muerto el 2 de Enero; pero la ley dice sólo anniculus; y el hijo es *anniculus* desde que comienza el dia aniversario de su nacimiento. El jurisconsulto invoca además la analogía de otras expresiones que se usan para señalar el término de un plazo, sin que en realidad tengan el sentido que literalmente ofrecen. Ya me he ocupado anteriormente (§ 180, f.) de la explicacion detallada de esta parte del texto.

Segun el segundo texto, se llama *anniculus*, no al hijo que acaba de nacer, sino al que ha llegado al trecentésimo sexagésimo dia de su existencia, no siendo preciso que haya terminado este dia, sino solamente comenzado, pues el año se cuenta jurídicamente, es decir, por dias enteros, sin tener en cuenta las divisiones secundarias del tiempo. El dia designado aquí es un dia del calendario y no un dia móvil, como se desprende independientemente de los argumentos generales ya desenvueltos en el § 182, de las

---

(*b*) En este punto, Erb, p. 207 explica tambien *extremus* de diversa manera que *novissimus*, p. 201, 202, lo cual es una evidente inconsecuencia. Véase § 183, *p*.

últimas palabras del texto, las cuales rechazan expresamente el cálcuto de los *momenta* que es el que sirve de base al dia móvil. El sentido del número expresado depende de la cuestion de saber si Paulo cuenta ó excluye el dia del nacimiento; en el primer caso el hijo sería *anniculus* el 31 de Diciembre; en el segundo caso, el 1.° de Enero; y como somos libres de escoger entre una y otra manera de contar (§ 182), debemos decidirnos por la segunda, que pone este texto en armonía con los ya citados y con los relativos á la *usucapion* y á la manumision; además de que, adoptando la primera computacion, sólo encontramos contradicciones é incoherencias. Por otra parte esta interpretacion se deduce de las últimas palabras del texto; «quia annum... *non ad momenta*... sed *ad dies* numeramus;» motivo que sólo puede referirse al comienzo del 1.° de Enero, y no del 31 de Diciembre.

Existiendo dos maneras de contar, Paulo hubiera podido expresar tambien su idea por el número 366; pero había una razon particular para no hacerlo así. Desde la reforma del calendario, hecha por César, nadie ignoraba que el año tenía 365 dias; de modo que la expresion *anniculus* traía naturalmente al pensamiento este número; por tanto, si Paulo hubiese dicho 366 dias, aparecería tal vez una contradiccion entre este número y la expresion *anniculus*, contradiccion que podía ser explicada; el número 365 no ofrecía este inconveniente, y en su consecuencia Paulo debía preferir esta forma de expresion, una vez que, segun nuestra hipótesis, traducía con igual exactitud su pensamiento. La razon de decidir, expresada al fin del texto, ofrece todavía alguna oscuridad. Había tres términos posibles: el principio del 1.° de Enero (*incipiente die)*, el *momentum temporis*, durante el trascurso del 1.° de Enero, y el fin de este dia (*exacto die*); Paulo se decide por el principio del dia, lo cual excluye naturalmente los otros dos términos. Además, desecha expresamente el *exacto die*, dando por motivo que la computacion se hace *ad dies* y no *ad momenta*; ahora bien, este motivo no se aplica al término que precede inmediatamente á la frase *non exacto* sino al que precede á *incipiente*; luego deben considerarse las palabras *non exacto*, que, por lo demás, no son indispensables, como una especie de paréntesis.

Esta interpretacion, al ménos en cuanto á sus puntos esenciales, ha sido ya expuesta con anterioridad á mi teoría (c). Sin embargo, de igual manera que respecto á la manumision, la mayor parte de los autores pretenden que el año termina al comenzar el 31 de Diciembre; pero entre ellos los que encuentran mayores dificultades son los que consideran la *usucapion* como cumplida al comenzar el 1.º de Enero *(d)*, pues su opinion se encuentra refutada directamente en otro texto de Paulo, relativo á la usucapion del hijo de un esclavo, en donde la expresion *anniculus* designa la edad del hijo, cumplida la cual, se encuentra tambien completa de usucapion, y, por consiguiente, dispensado el poseedor de recurrir á la *publiciana* (*e*): «Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus.» El uso de la misma palabra *anniculus* para designar ambas relaciones la derecho, nos prueba que la usucapion de los hijos se consuma en el mismo instante en que los parientes adquieren el beneficio de la L. Elia Sencia.

D. Capacidad de testar.

L. 5. qui test. (XXVIII, 1). (Ulp. lib. VI, ad Sab.): «A qua ætate testamentum vel masculi vel femeninæ facere possunt, videamus. Et verius est, in masculis quidem quartumdecimum annum spectandum, in femeninis vero duodecimum completum. ¿Utrum autem excessisse debeas quis quartumdecimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? ¿Propone aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno, aut valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complesse videtur annum quatordecimum, ut Marciano videtur.»

He oquí el encadenamiento de las ideas en el texto que precede. ¿Es preciso que se haya pasado del 14.º año ó que esté solamente cumplido *(f)*? En otros términos: ¿el que ha

---

(c) En Unterholzner, pág. 310.

(d) Así Erb, pág. 226, 234 explica la pretendida diferencia entre la usucapion y el *anniculus* de una manera aun más forzada que respecto de la usucapion (§ 183, *r*).

(e) L. 12, § 5, de public. (VI, 2).

(f) Si se contara *ad momenta*, no podría presentarse esta duda, por-

nacido el 1.° de Enero, no puede testar válidamente hasta el 2 de Enero del año 14.°, ó puede testar el 1.° de Enero, dia aniversario de su nacimiento? Puede testar el 1.° de Enero. Y no solamente no tiene necesidad de esperar al dia 2, sino que ni aún está obligado á esperar la hora de su nacimiento; puede testar tan pronto como empiece dicho 1.° de Enero. Así, pues, una vez trascurrida la sexta hora de la noche (*post* sextam) del 31 de Diciembre, puede testar válidamente; es decir, inmediatamente despues de la media noche que separa el 31 de Diciembre del 1.° de Enero; ó, si se quiere mejor, tan pronto como principie este último dia *(g)*.

Este texto ha contribuido más que ningun otro á adelantar la computacion civil al principio del dia precedente; y aun puede afirmarse que sin este texto no se hubiera emitido semejante opinion. No niego ciertamente que la conclusion referida no tenga una gran apariencia de verdad, en virtud de dos circunstancias. Desde luego, la palabra *pridie* parece indicar que la confeccion del testamento puede haber tenido lugar durante el 31 de Diciembre; y, además, el *plus arbitror* parece expresar la siguiente progresion de ideas; no sólo no debe esperarse al 2 de Enero, sino que ni aun hay que aguardar al dia 1.°, puesto que el 31 de Diciembre es bastante. Ya he explicado anteriormente y de una manera sencilla el sentido de las palabras *plus arbitror (h)*, y en cuanto á *pridie*, hé aquí una interpretacion

---

que ningun acto puede verificarse en el momento mismo del *complesse*, sino ántes ó despues, ó sea en el intervalo que precede ó que sigue á este momento. En el cálculo *ad dies* la duda es racional, y lo restante del texto prueba que á este cálculo se refiere la L. 5. Todo el 1.° de Enero forma, en derecho, el término indivisible del *complesse*, y ciertamente que es un término bastante extenso para admitir la confeccion de muchos testamentos. Trátase, pues, en este asunto, de la oposicion entre *exceder* del término ó simplemente cumplirlo, oposicion de que ya he hablado más de una vez § 182, *d*, en la L. 1, de manumiss. (183), y en la L. 132, de V. s. (§ 184).

(g) Esta explicacion se encuentra en cuanto á sus puntos esenciales, en Unterholzner, pág. 307 y sig.; Donelo, § 3 enseña la misma doctrina; pero sin desenvolverla. La glosa expone simplemente ambas opiniones y dá la preferencia á la que he adoptado.

(h) La glosa refiere el *plus arbitror* á las primeras horas del dia del calendario que trascurren durante la noche, por oposicion á las que siguen á la salida del sol. En efecto, Ulpiano había declarado, desde luego, válido el testamento hecho el *natalis dies*, y como se trata en este asunto de los negocios de la vida real, hubiera podido entenderse por *natalis*

que nada tiene de forzada. Nadie se levanta á media noche para comenzar las ocupaciones del dia; pero nada es más comun que velar hasta despues de media noche (§ 183, *i*); en el caso que nos ocupa se supone que un indivíduo de edad de 14 años tenga poderosos motivos para hacer lo más pronto posible su testamento, y á este efecto, en el 31 de Diciembre *(pridie)* reune los cinco testigos, el *libripens* y el *emtor*, prepara los documentos, la balanza y el metal (*aes et libram*), y, dada la media noche (post sextam horam noctis), procede á las formalidades del testamento, las cuales en muy poco tiempo se llenan. Así, *pridie* se pone solamente para hacer resaltar la manera natural de verificarse el hecho.

Las observaciones precedentes tienen por objeto refutar las doctrinas de mis adversarios, más bien que sentar la mia propia. En apoyo de ella invocaré ahora, primeramente, el hecho inverosímil de que esta cuestion ha recibido dos soluciones diferentes: una respecto á los testamentos, otra respecto á la *usucapion*, la *manumision* y el *anniculus* (*i*). Invocaré, además, que Ulpiano tomó evidentemente por punto de partida la cuestion de saber si el término debe haber pasado ó solamente haberse cumplido, cuestion ya propuesta en otros textos, que hace presumir un resultado semejante, y de ninguna manera diverso, como pretenden algunos de mis adversarios. Existe, por último, una circunstancia que me parece decisiva. Se encuentran en los textos de Ulpiano las expresiones siguientes:

Hora sesta noctis pridie Kal. Jan. (Usucapion).

Post (horam) sextam noctis pridie Kal. (manumision.)

Pridie Kal... post sextam horam noctis (testamento).

¿Cómo, pues, se ha de creer que el mismo autor haya empleado expresiones tan semejantes, cuya sola construccion varía, para designar dos cosas enteramente diversas?

---

dies, la parte del dia que se llama dia de nacimiento, durante la cual se verifican las felicitaciones y los preseutes; pues bien, el *plus arbitrro* previene este error. Sin embargo, me parece preferible la explicacion que doy en el texto.

(*i*) Este argumento sólo tiene valor contra los que, como Erb, admiten esta manera de contar respecto á la usucapion, pues esto prueba que estarán convencidos de las razones que expuesto con motivo de ella.

¿Cómo creer que no hubiese puesto todo su cuidado en esclarecer la distincion, si hubiera querido establecerla, cuando era fácil preveer en este caso el peligro de un error?

Lo què me falta que decir no tiene tanta importancia. Fundándose en las palabras *plus arbitror* y *ut Marciano videtur*, han creido varios autores que había habido controversias sobre este punto entre los antiguos jurisconsultos, ó que Ulpiano había introducido una innovacion en la manera de contar. Les parece inverosímil que si, como yo afirmo, debe admitirse en todos estos textos la misma computacion civil, hubiese empleado Ulpiano una forma tan dubitativa y hubiese invocado en apoyo de su opinion una autoridad más antigua. No se explican tampoco que Ulpiano se haya detenido en desenvolver con tanta extension una regla que se encuentra en todos nuestros manuales, se enseña en todos los cursos de Pandectas, y aún en cursos de Instituciones. Pero estos autores olvidan que los Romanos no aprendían el derecho de igual manera que nosotros, y principalmente, que no poseían una masa tradicional de definiciones, distinciones y trabajos teóricos semejante á la que existe en los tiempos modernos. El caso de un testamento hecho precisamente á la edad de 14 años acaso no se había presentado nunca, ó al ménos, era cosa muy rara, y Marciano se ocupó de él por casualidad. Acaso, tambien, el principio de la computacion civil no se había formulado bajo su forma abstracta en ningun libro de derecho y sólo se hablaba de él con motivo de cada aplicacion particular. Examinando, pues, sin prevenciones toda esta reunion de circunstancias, resultará que nada tiene de sorprendente ni de inverosímil la manera en que se expresa Ulpiano.

La investigacion que hemos emprendido nos ha dado hasta aquí los siguientes resultados. En cuatro diversas relaciones jurídicas la adquisicion de un derecho se encuentra subordinada á la espiracion de un plazo, y en estos cuatro casos el plazo espira en la media noche que precede al término matemático. De aquí podemos inducir una regla general aplicable á toda adquisicion de esta naturaleza, y esto sin distincion alguna, ya sea que la continuidad se refiera á un acto personal, ya haga relacion á una situacion jurídica independiente de la voluntad; pues entre los cuatro cásos referidos, en el primero se trata de un acto personal

(la posesion), y en los tres restantes de un estado independiente de la voluntad (la duracion de la vida).

§ CLXXXV.—VI.—*El tiempo.*—3.—*Computacion civil.* (Continuacion).

Paso ahora al exámen de los casos en que la continuidad de la inaccion entraña la pérdida de un derecho. En este punto, segun los principios genererales, se coloca el término jurídico en la media noche que sigue al término matemático (§ 182); manera de contar que, comparada con el cálculo rigurosamente exacto *(ad momenta)*, prolonga un poco el plazo, obteniendo una ligera ventaja el dueño del derecho (*a*), de igual manera que, segun vimos, en materia de usucapion aprovecha al poseedor la observacion del plazo. Cuando se trata de la pérdida de un derecho, el curso natural de las cosas suele reducir y á veces anular esta ventaja; de manera que el inconveniente que presenta la computacion civil es menor en este punto que cuando se tatra de la adquisicion de un derecho. Supongamos, en efecto, que una prescripcion termina á medio dia; segun nuestra regla, la accion estaba expedita hasta la media noche; pero en realidad sólo aprovecha una parte de la prolongacion, puesto que pasada cierta hora no actúan los tribunales; así entre los Romanos duraba mientras permanecía el pretor en el *Forum*, y entre nosotros mientras están abiertas las oficicinas de los funcionarios encargados de recibir la reclamacion.

La doctrina que he sentado ha sido ya sostenida por varios autores (*b*). Otros pretenden que en estos casos se adelante el término del plazo al principio del último dia *(c)*; y

---

(*a*) Puede reproducirse aquí la frase aplicada á la *stipulatio in diem* «totus is dies arbitrio solventis (aquí actoris) tribui debet.» § 2, J. de V. O. (III, 15).

(*b*) Ya la glosa sobre la L., de O. et A. (XLIV, 7) refiere esta opinion, entre otras varias, y le da la preferencia, Donelo, § 5, 6, se decide expresamente por esta opinion que Unterholzner, 297, expone de la manera más satisfactoria.

(*c*) En lugar del fin de dicho dia. Estos autores establecen aquí una excepcion respecto á la capacidad de testar que adelantan un dia. Erb, página 201, 202; Rheinfelder, pág. 111.

otros admiten en esta materia el cálculo *ad momenta* (*d*). Esta última doctrina no encuentra justificacion alguna en los escritos de los antiguos jurisconsultos y evidentemente debe buscarse su filiacion en las nociones y expresiones técnicas arbitrariamente creadas, de que ya he hecho mencion (§ 182), pues, en efecto, si no existen más que dos computaciones, una *civilis* que abrevia el plazo y otra *naturalis* que lo deja intacto, no puede admitirse ninguna clase de prolongacion: y hé aquí como un defecto de crítica en los términos ha conducido á un error capital.

Sin embargo, aquí tambien mi teoría sobre esta materia descansa en la recta interpretacion de los textos que establecen la computacion del tiempo en los casos en que la falta de ejercicio entrañe la pérdida de un derecho. Estos textos se refieren á los cuatro casos siguientes: prescripcion de acciones, un caso sin nombre, la querella de adulterio y la adquisision de la *bonorum possessio*.

A. Prescripcion de las acciones.

L. 6, de O. et A. (XLIV, 7) (Paulo, lib. VII, ad Sab.): In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus compleatur, non finit obligationem (Vulg., *non finitur obligatio*).

El *novissimus dies* es, como se ha visto anteriormente, el dia en que cae el término matemático; y esto supuesto, el sentido del texto es evidente: la obligacion se extingue *(per excepcionem)* cuando el dia correspondiente del calendario ha trascurrido por completo; hasta entónces puede ejercitarse válidamente la accion, cualquiera que sea el *momentum temporis* en que la accion hubiese nacido. La construccion misma de la frase manifiesta que Paulo quiere excluir una prescripcion más corta que comenzaría ya en el dia del calendario, ya en el *momentum temporis*, cuyo último cálculo era el que más naturalmente se presentaba (*e*). Dos objeciones se oponen á esta interpretacion (*f*). Se dice que las palabras *totus dies compleatur* ofrecen un pleonasmo in-

---

(*d*) Rücker, pág. 56; Göschen, Vorlesungen, I, página 593.
(*e*) Todos los autores que han tratado esta cuestion y que cito en las notas *b*, *c*, *d*, hablan expresamente de este texto.
(*f*) Erb, pág. 210.

tolerable, y que sería absurdo prolongar el plazo más allá del término calculado rigurosamente; pero tal pleonasmo no existe, pues podría decirse, hablando del cálculo ad momentum: *completur* dies usque *ad momentum*, expresando el «*totus* completur» el contraste con entera precision y sin ningun pleonasmo. Existe, por otra parte, un hecho que resuelve la cuestion. En otro texto de Ulpiano leemos: minorem annis XVII, qui eos non *in totum complevit* (*g*); luego la expresion empleada por Ulpiano no es ciertamente indigna de Paulo. La segunda objecion es de ménos valor todavía, porque el absurdo existe solamente para los que se imaginan que le *civilis computatio* debe abreviar necesariamente el plazo natural.

Los que adoptan la buena interpretacion restringen la regla á la prescripcion de las acciones personales y la declaran inaplicable á la *longi temporis praescriptio* contra la reclamacion de la propiedad *(h)*. «Mas sobre este punto debe advertirse que si bien es indudable que Paulo tuvo presente en primer lugar, las acciones personales, como lo prueba la palabra *obligatio* mencionada al fin del texto; sin embargo, la expresion *temporales actiones* es tan general que abraza tambien las *in rem actiones*; y por otra parte, nada impide que se someta á un cálculo diferente la *longi temporis praescriptto* y la usucapion, sin que pueda resultar nunca contradiccion en la práctica, porque no podrían regirse ámbas instituciones por la misma regla. En efecto, allí donde existe la usucapion, la *longi temporis praescriptio* se encuentra absorbida necesariamente, pues esta nunca ha sido considerada sino como un medio de suplir á la usucapion, cuando faltan sus condíciones esenciales.

B. Caso sin nombre.

L. 101 de R. J. (L. 17). (Paulo lib. sing. de cognitionibus). «Ubi lex duorum mensum facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit audiendus est: ita enim Imp. Antoninus Divo patre (vulg. *fratre*) suo rescripsit.»

Esta ley contiene una regla general de interpretacion para todas las leyes pasadas y futuras que sometan un acto

---

(*g*) L. 1, § 3, de postul. (III, 1).
(*h*) Donelo, § 5, 6; Unterholzner, pág. 298.

jurídico á un plazo de *duo menses*, y empleen precisamente esta expresion *(facit mentionem)*. Nadie sostendrá sériamente que Paulo haya expuesto esta regla de una manera abstracta sólo con ocasion de los decretos del pueblo que, desde hacía largo tiempo, no se usaban para el desenvolvimiento del derecho. Si así se creyera, habría de considerarse como una indicacion de la manera de entender y aplicar las antiguas *leges* en que se encuentre la expresion *duo menses*; pero esto es poco probable y ménos aun tratándose de una obra puramente práctica como el *liber sing.* de *cognitionibus*, que, probablemente, era una recopilacion de las decisiones más notables del tribunal imperial. Ciertamente, en el Digesto tiene el texto expresado este sentido general y abstracto, y se refiere más especialmente á los decretos del pueblo, punto sobre el cual volveré más adelante; sin embargo, es indudable que Paulo hablaba de un pasaje particular de una ley que ántes habría nombrado, y nosotros debemos indagar cual sea esta ley. Podría pensarse, á este efecto, en los 60 dias mencionados en varios casos de las acciones edilicianas; pero el edicto de los ediles no podía llamarse una *lex*; tambien pueden ocurrirse los 60 dias de la *lex Julia de adulteriis*;—pero esta ley decía *sexaginta dies* (§ 186, *a*) y la ley á que Paulo se refiere emplea precisamente la frase *duo mênses (facit mentionem)*; y de igual modo puede pensarse en los *duo menses* á la terminacion de los cuales espiraba la caucion dada sin escrito; pero esta disposicion no era tampoco una *lex*, pues se encontraba en un edicto de un prefecto del pretorio *(i)*, edicto que, segun toda apariencia, es posterior al tiempo en que vivía Paulo. Existe tambien un plazo de dos meses para la venta de la enfitéusis en caso de compensacion opuesta al fisco (§ 181, *l, m)*, y otro del mismo tiempo para la venta de la cosa dada en prenda por el Juez *(k)*; pero todas estas prescripciones son extrañas á los decretos del pueblo. Segun toda apariencia, Paulo hablaba de la regla, segun la cual, el que era nombrado para las funciones municipales y quería reclamar contra este nombramiento, debía hacerlo *intra duo menses*. Y efectiva-

---

(i) L. 27, C. de fidejuss. (VIII, 41).
(k) L. 31, de re jud. (XLII, 1).

mente se encuentra la frase *duo menses* en la antigua fuente donde estaba consignada la reglá *(l)*, y si bien no se sabe con precision que fuera una *lex* y no un decreto ó un senado-consulto, podemos suponer con grandes probabilidades que este documento era la *lex Julia municipalis*, ley general de los municipios Romanos *(m)*. Esta hipótesis es perfectamente aplicable á la obra de Paulo, de *cognitionibus*, de donde se ha sacado nuestro texto, pues los otros fragmentos de la misma obra, insertados en el Digesto, se refieren todos á dispensas, unos de la tutela (*n*), otros de las funciones municipales *(o)*, á cuya categoría pertenece el texto que nos ocupa. Podemos, pues, restablecer con gran verosimilitud su sentido primitivo.

La reclamacion contra el nombramiento para funciones municipales, que, segun la *lex* (Julia), debe presentarse en el plazo de *duo menses*, es admisible áun en el dia sexagésimo primero *(p)*.

Segun las razones más arriba desenvueltas (§ 182), el *dies* es aquí, como en otras materias, un dia del calendario. Pero el núm. 61 ha suscitado siempre dudas muy naturales, como inconciliable con los 30 dias que se asignan ordinariamente al mes, y como contradictorio con la otra regla que establece que la persecucion de adulterio se comience

---

(*l*) L. 1, C. de temp. et repar. (VII, 63): «Si quis per absentiam nominatus... ad duumviratus... infulas... ex eo die interponendæ appellationis *duorum mensium spatia* ei computanda sunt, ex quo... nominationem didicisse monstraverit» rel. (Esta es la L. 10, C. Th. de appell., XI, 30).—L. 2, C. Th. de decur. (XII, 1): «Quoniam dubitasti, utrum ex numero dierum, an ex nominatione Kalendarum computari *duum mensium spatia* debenat» rel. (Véase § 181, *t*).—L. 19, C. Th. de apell. (XI, 30): «Si ad curiam nominati... putaverint appellandum, *intra duos menses* negotia perorentur.»

(m) Zeitschrift. f. gesch. Rechtswiss., tomo IX, pág. 377. Esta es la ley, cuya mayor parte poseemos designada con el nombre de Tabula Heracleensis. V. Mommsen, His. de Rom., edic. castellana, t. IX, Ap.

(*n*) L. 29, de tut. et cur. (XXVI, 5): L. 42, 46, de excús. (XXVII, 1).

(*o*) L. 5, de veteranis (XLIX, 18).—La L. 228, de V. S. (L. 16) habla tambien del derecho municipal.

(*p*) Desde antiguo se ha relacionado nuestro texto con las reclamaciones contra las elecciones municipales. La glosa habia indicado ya esta relacion, pues, entre varios otros textos paralelos, cita tambien la L. 1, C. de temp. et repar. Búlgaro, en su comentario sobre el título de R. J., no citó esta ley como texto paralelo.—J. Godofredo, en su comentario, ha reconocido esta relacion que ha demostrado de una manera convincente. Comete solamente el error de inducir de la palabra *lex* la existen-

lo más tarde el sexagésimo dia *(q)*. La mayor parte de los autores admitían que por un favor especial se había prolongado el plazo por un dia, y vista la generalidad del texto y su oposicion con la regla sobre el adulterio, se restringió el favor á los casos en que la ley hablase de *menses* y no de *dies (r)*. Una argumentacion que conduce á tan ciega y mezquina arbitrariedad, no necesita ser refutada. Otros han creido que siendo los meses desiguales, este número de 61 dias podía ser tomado como la duracion media de dos meses *(s)*; pero esta solucion resulta contradicha por los demás textos en que el mes se valúa precisamente en 30 dias. Por último, se ha intentado modificar el texto, omitiendo *primo* y leyendo solamente *sexagésimo*; pero semejante correccion se opone á los manuscritos y á las antiguas ediciones que presentan una concordancia muy notable, tratándose de un texto difícil *(t)*, y aunque apareciesen variantes, es evidente que la leccion de 61 debería ser preferida, á la de 60; que es más complicada pues se concibe que un copista poco escrupuloso se hubiese permitido alterar el texto para simplificarlo, pero no para complicarlo más.

Si se quiere resolver realmente la dificultad, preciso es considerar primero, que Paulo se ha propuesto evidente-

---

cia de una disposicion legislativa, «hæc reg. uti dixi est nominatim de *legali* præscriptione *per menses*», sin citar ningun decreto especial del pueblo romano, ni áun buscarlo, por más que Paulo se haya referido ciertamente á semejante decreto.

(q) L. 30, § 1, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

(r) La glosa habla de esta tolerancia, y conforme á ella gran número de autores. J. Godofredo en su comentario, se extiende largamente sobre este asunto, y distingue los *menses* (norigurosos) de los *dies* (rigurosos).

(s) Este modo de explicar nuestro texto, no es nuevo, pues se encuentra principalmente en Godofredo. Schrader ha fundado en esta opinion un principio general para la computacion del mes. (Véase § 181, *i*).

(t) Rheinfelder, p. 150-161, defiende la leccion de *sexagesimo*, pero no ha podido citar en su apoyo más que un manuscrito de Stuttgard, y áun en este, un antiguo corrector ha añadido en el márgen, *primo*. Las antiguas ediciones de las Basílicas y de Eustathio, escriben ciertamente 60; pero los nuevos textos rectificados escriben 61. Basílica ed. Fabrot, I, p. 78, comparada con la ed. Heimbach, I, p. 71. Eustathio á continuacion de los Cujacii Comm. in III libros, Lugd., 1562, p. 91, comparada con la ed. Zachariæ, p. 149. Schader había ya fijado de una manera convincente, la leccion de *sexagesimo et primo*. El hecho de que en varios manuscritos no se encuentra la conjuncion *et* ántes de *primo* no tiene importancia alguna.

mente establecer un plazo más largo en comparacion con otro más corto que hubiera podido ocurrirse igualmente (u). El *dies*, es en este punto, como he observado repetidamente, un dia del calendario. Para la interpretacion del número podemos elegir cualquiera de las dos maneras de contar. Ahora bien, yo supongo que en el cálculo de Paulo va comprendido el primer dia, es decir, aquel en que el dumviro elegido ha sabido su nombramiento; el *sexagésimo primer* dia del calendario, es entónces el *novissimus dies;* aquel en que cae el *momentum temporis*, y admitiendo que la reclamacion pueda hacerse durante todo el espacio de este dia, es decir, hasta la media noche, Paulo calcula el plazo precisamente como lo hace en la L. 6 de O. et A., con motivo de la prescripcion de las acciones (v).

Esta manera de contar parece haber sido la más usada, y por eso se comprende que Paulo la haya empleado tratando de este asunto. Ahora es preciso explicar por qué prefirió á la forma de que aquí nos ocupamos, la que empleó en la L. 134 de V. S. (§ 184). La razon es muy sencilla: este último texto habla de un *anniculus;* y como todos sabían que la palabra *annus* equivale exactamente á 365 dias, el núm. 366 hubiera sorprendido á primera vista; por evitar este inconveniente, eligió Paulo la otra manera de calcular, en donde no se cuenta el primer dia del plazo; inconveniente que no era de temer en el asunto que nos ocupa. Acaso se me objete que *mensis* designa un espacio de treinta dias, de modo que *duo menses* expresan 60 dias; pero de-

(u) Este sentido se desprende claramente de las palabras: *et qui... venerit, audiendus est;* en donde resulta refutada de antemano la doctrina de los que lo creyesen despojado ya de su derecho.

(v) Göschen, Vorlesungen, p. 293, explica perfectamente el cálculo que sirve de base al núm. 61, pero su sistema sobre la *naturalis* y la *civilis computatio* le impidió obtener el resultado debido. En efecto, fija el término en el *momentum temporis* y para conciliar su opinion con la decision de Paulo, pretende que las palabras *qui sexagésimo et primo die venerit* se aplican tambien al que ejercitase su accion *ántes* del *momentum*. Pero si Paulo hubiera considerado el *momentum* como término, no podía, sin gran imprevision, dispensarse de expresarlo. La indeterminacion de sus palabras implica una verdadera generalidad; su sentido es que puede accionarse *en todos los instantes* del 61 dia, y por consiguiente hasta la media noche.—Unterhobrner, p. 297, da la misma explicacion que he dado del texto, si bien no entra en la discusion de pruebas ni en el exámen de las dificultades.

be observarse que esta era una ficcion jurídica adoptada por necesidad. Realmente los meses tenían una desigual duracion, y así la palabra *mensis* no presenta inmediatamente como la palabra *annus*, la idea de un número determinado de dias.

Hé aquí, pues, el resultado de la anterior discusion. Paulo no pretende en manera alguna definir el mes, supone esta nocion conocida de todos y se propone únicamente sentar el principio de que aquél cuya accion se encuentra limitada por un plazo puede ejercitarla, no sólo hasta el *momentum temporis* ó hasta el principio del dia, síno durante todo el último dia de dicho plazo. La forma abstracta que ofrece este principio en el Digesto le dá una gran importancia, puesto que no se aplica ya, como en la obra original, á una particular relacion de derecho, sino á todos los plazos en general referentes á la falta de ejercicio; y así, el que examine este texto sin prevenciones habrá de reconocer que la regla no se limita á los plazos de dos meses sino que se aplica á todos ellos, cualquiera que sea su duracion.

§ CLXXXVI.—VI.—*El tiempo.*—3.—*Computacion civil.* (Continuacion).

C. Querella de adulterio.

L. 30, § 1, ad L. J. de adult. (XLVIII, 5), (Paulo lib. 1, de adulteriis). Sexaginta dies a divortio numerantur: in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.

La *lex Julia de adulteriis* reservaba durante cierto tiempo al marido y al padre de la mujer adúltera el derecho exclusivo de presentar la querella de adulterio; pasado el plazo, podían tambien los extraños intentar la acusacion. Este plazo estaba literalmente fijado en *sexaginta dies* (*a*); y como Paulo dice que el *sexagesimus dies* está comprendido en los *sexaginta*, condena abiertamente á los que pretendieran que el *sexagesimus dies* no se halla comprendido en el plazo. El dia de que aquí se trata es evidentemente un dia del calendario, pues de otra manera nuestro texto

(*a*) L. 4, § 1; L. 6; L. 15; pr.; L. 29, § 5, L. 30, § 1, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5). Estas expresiones eran evidentemente las de la ley: su repeticion literal tan frecuente no deja lugar á duda alguna.

ofrecía este sentido trivial y ridículo: los 60 dias concedidos no se reducen á 59. Ahora bien ¿cuándo llega este dia de que habla el jurisconsulto? Aunque pueda sorprender á primera vista, es indudable que el *novissimus dies*, en este caso, coincide precisamente con el que la L. 101 de R. J. llama *sexagesimus et primus*; pero en el caso de esta última ley se cuenta el primer dia y no se cuenta en el caso de la ley que nos ocupa. Para adoptar esta manera de calcular, tuvo Paulo el mismo motivo de que más arriba hemos hablado (§ 184) con ocasion de la palabra *anniculus*; quiso evitar, al designar el *novissimus dies*, una aparente contradiccion con los términos de la ley que habla de *sexaginta dies*. ¿No hubiera sido, en efecto, redaccion singular la de decir: In diebus sexaginta *et ipse sexagesimus et primus est*? Si se rechazara esta explicacion, tan natural á mi entender, y se quisiera establecer una diferencia esencial entre la decision de la L. 101 de la R. J. y la de la L. 30 ad L. J. no se encontraría razon satisfactoria de esta diferencia y forzosamente habría de admitirse una inconsecuencia y una arbitrariedad mal disfrazada con la excusa de un pretendido favor, etc.

D. Plazo de la *bonorum possessio*.

La *bonorum possessio* debía ser reclamada del Pretor en plazos muy cortos, fijados por el edicto, cuyos plazos eran de un año para los ascendientes y descendientes, y de cien dias para los colaterales y los extraños. Los términos del edicto eran: *intra* annum, *intra* centum dies (*b*); y cuando el reclamante se presentaba al fin del plazo, podría cuestionarse si había acudido en tiempo hábil. El texto siguiente se refiere á este asunto.

L. 1, § 9 de succ. ed. (XXXVIII, 9), (Ulp., lib. XLIX, ad Ed.): «Quod discimus, *intra dies centum* bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut *et ipso die cen-*

(*b*) Ulpiano, XXVIII, § 10: «B. P. datur parentibus et liberis *intra annum*... ceteris *intra centum dies*.»—L. 5, pr. quis ordo (XXXVIII, 15): «non cedent dies centum. . præteritis autem centum diebus...» Y principalmente la L. 30, § 1, trascrita en el texto.—Cuando en otros lugares encontramos: intra *centessimum* diem, debemos entender que entónces se expresa el sentido, pero no los términos, del edicto. L. 2. § 4, quis ordo (XXXVIII, 15); L. 1, § 8, de succ. ed. (XXXVIII, 9).

tessimo bonorum possessio peti possit: quemadmodum intra Kalendas etiam ipsæ Kalendæ sint. Idem est; et si *in* diebus centum dicatur.

Este texto tiene tanta analogía con la L. 30 ad L. J. de adult., que casi sería bastante para mi propósito, remitirme á la interpretacion que he dado anteriormente de esta ley. Aquí, tambien, el jurisconsulto quiere asignar al plazo un término más largo que el que hubiera podido suponerse; de igual manera, tampoco se cuenta en este caso el dia en que la *bonorum possessio* hubiera sido deferida; y por último, el jurisconsulto llama *centessimus* al dia que con la misma razon hubiera podido calificar de *novissimus* ó *centessimus et primus*; habiendo adoptado aquella designacion para conciliar sus expresiones con las del edicto (intra dies centum) y evitar la apariencia de una contradiccion. Así, cuando dice que el *novíssimus* (ó *centesimus*) *dies* forma parte del plazo, quiere significar que este dia se halla comprendido por entero, hasta la media noche; y de este modo el texto se halla enteramente de acuerdo con los tres que preceden. Además, Ulpiano se cree obligado á prevenir una objecion. Las palabras *intra* dies centum no expresan, dice él, un plazo menor de cien dias que espirase la víspera del término, sino que, por el contrario, el plazo se prolonga hasta los últimos límites de los cien dias jurídicamente calculados. Invoca tambien la analogía con la locucion *intra kalendas*, la cual no significa exclusivamente hasta las kalendas (pridie), sino que comprende por entero el dia mismo de las kalendas.

Terminaré con una observacion general sobre los diferentes textos que acabo de interpretar. Se objetará acaso que estas dos maneras de designar los números, alternativamente empleadas, se prestan fácilmente al equívoco é indicarían una falta de prevision poco probable en los jurisconsultos romanos. Para que esta objecion fuera fundada sería preciso que la duda hubiera ocurrido respecto al dia de la expiracion del plazo y que los autores de estos textos hubieran tenido que decidir si el plazo expiraba el dia mismo ó el anterior ó posterior; pero no era esta la dificultad. Suponen siempre estos autores como cosa cierta y conocida la determinacion del *novissimus dies* y únicamente creen necesario determinar, en los diversos casos, si el término

jurídico del plazo había de fijarse en el principio ó en el fin de este dia, ó en un punto intermedio como el *momentum temporis*.

El dia no ofreció nunca incertidumbre alguna, y por tanto, no tenían necesidad de designarlo con rigurosa exactitud, y pudieron adoptar, segun las circunstancias, la designacion que estuviese más conforme con los términos de que se servía la *lex* ó el edicto para fijar el plazo.

En los cuatro textos que acabo de explicar (§ 185, 186), en todos los cuales se subordina la pérdida de un derecho al fenecimiento de un plazo, se fija el término jurídico en la media noche que sigue al *momentum temporis*. Pues bien, estamos tanto más autorizados para aplicar la misma regla á todos los casos semejantes, cuanto que uno de los citados textos (La L. 101 de R. J.) no está restringido, en el Digesto, á una relacion especial de derecho, sino que nos aparece como un principio general que abraza todos los casos de la misma naturaleza.

§ CLXXXVII.—VI.—*El tiempo.*—3. *Computacion civil.* (Continuacion).

La menor edad como motivo de una restitucion, está sometida á diferente regla que los casos precedentes. Cuando se trata de saber si un indivíduo de 25 años de edad debe ser restituido contra un acto verificado el dia aniversario de su nacimiento, el término jurídico no es el principio de este dia, como en la *usucapion*, ni el fin, como en la prescripcion de las acciones, sino el *momentum temporis*, es decir, la hora que corresponde exactamente ó la hora del nacimiento. Hé aquí el texto notable en que se expone claramente este principio: L. 3, § 3, de minor. (IV, 4); (Ulp., libro XI, ad Ed.): «Minorem autem XXV annis natu, videndum an etiam die *(a)* natalis sui adhuc dicimus, ante horam qua

---

(*a*) El manuscrito de Florencia decía originariamente *an etia diem*, pero desde antiguo se le añadió una *m* á *etia*, lo que hizo: *an etiam diem*. Si se omite la letra añadida y se trasporta la *m* final de *diem* á *etia*, se obtiene sencillamente una leccion satisfactoria que es la adoptada en el texto, propuesta ya por Cujas. Esta leccion es muy diferente de la de Haloander, y más aun de la propuesta por Wenk (Vacarius, pág. 205 y

natus est, ut si captus sit restituatur: et cum nondum compleverit, ita dicendum, *ut a momento in momentum tempus spectetur*.»

Este texto, en cuanto á su sentido, no ofrece ninguna incertidumbre; pero es muy difícil asignarle un motivo que excluya al mismo tiempo las otras dos maneras de contar. A primera vista parece que debía considerarse el término de la menor edad como la causa de la adquisicion de un deudo, pues el mayor viene á ser hábil para verificar actos que ofrezcan seguridad entera á la otra parte, beneficio de que ántes estaba privado, porque el temor de la restitucion puede impedir que se contrate con un menor. Considerada de esta manera, la mayoría de edad se colocaría al mismo nivel que la usucapion y la capacidad de testar, y en su consecuencia, por analogía habría de fijarse el término jurídico en la media noche que precede al término matemático y de esta manera el plazo resultaría abreviado. Bajo otro respecto, puede decirse que el mayor se encuentra despojado de un derecho, á saber, el que le protegía contra las consecuencias de un acto irreflexivo. Bajo este punto de vista, por analogía con la prescripcion de las acciones, debería fijarse el término jurídico en la media noche que sigue al término matemático, y de este modo la menor edad resultaría prolongada. Sin embargo, la analogía no podría ser completa, porque en materia de prescripciones, y en otros casos semejantes, la pérdida del derecho tiene por causa la inaccion, miéntras que la pérdida que resulta de la mayor edad se refiere á un acontecimiento natural independiente de la voluntad del individuo. Acaso tambien, siendo la restitucion un derecho enteramente anormal, pareció poco susceptible de semejante extension.

Hé aquí ahora las diversas consideraciones que, sin duda alguna, determinaron á los jurisconsultos romanos á abandonar en este punto una y otra computacion civil, la que abrevia y la que prolonga el plazo, y á tomar el término matemático como el límite de la edad en que puede obtenerse la restitucion. En esta materia se ofrecen necesaria-

---

sig.), donde se encuentran ricos materiales para la crítica de este pasaje. Pero esta crítica es extraña á mi propósito.

mente todos los inconvenientes señalados más arriba (§ 181); y en la práctica, las cosas debieron pasar de la siguiente manera:

La duda sólo puede ocurrirse cuando uno que era poco ántes menor reclama su restitucion; en este caso debe alegar ante el juez que el acto litigioso se ha verificado ántes de la hora que corresponde á la del nacimiento; y si no llega á suministrar la prueba de ello, y cualquiera de los dos términos permanece dudoso, no existiendo la condicion de la restitucion, el acto permanece válido y el resultado es el mismo que si la mayor edad hubiera comenzado desde la media noche, de igual modo que cuando se trata de la capacidad de testar.

Es muy digno de tenerse en cuenta que, en las fuentes del derecho, éste es el único caso en que se hace aplicacion del cálculo rigurosamente exacto *(á momento ad momentum)* *(b)*, mientras que, en un gran número de casos de naturaleza diferente, vemos empleado el cálculo que acorta ó que alarga el plazo, y se coloca el término jurídico en la media noche que precede ó en la media noche que sigue al término matemático. De donde hemos de concluir que el cálculo riguroso aceptado como una penosa necesidad debe aplicarse en los límites más estrechos que sea posible. Advierto, por último, que en esta aplicacion única del cálculo *ad momenta* se trata de un plazo que se cuenta por años; si el plazo se hubiese contado por dias ó por meses, la aplicacion del cálculo *ad momenta* hubiera sido para los Romanos punto ménos que imposible (§ 181, *x*).

§ CLXXXVIII.—VI.—*El tiempo*—3.—*Computacion civil.* (Continuacion).

Acabo de pasar revista á varias instituciones jurídicas importantes, y he tratado de fijar el término jurídico de los

---

(b) Este caso es ciertamente el único en que la regla se encuentra claramente expresada y el único tambien con arreglo á la interpretacion que doy de los demás textos. Varios autores han tratado, valiéndose de una forzada interpretacion, de aplicar este cálculo á los textos que declaran la extincion de un derecho por causa de negligencia, § 185, *d v*.

plos plazos que á ellas se refieren; réstame hablar de las reglas aplicables á otras instituciones, respecto á las cuales no se encuentran disposiciones formales en las fuentes del derecho.

Las reglas establecidas en esta materia por los autores, no me parecen en manera alguna satisfactorias. Se ha dicho que la *naturalis computatio* era la regla aplicable en todos los casos en que la *civilis* no se encontraba establecida como excepcion, doctrina fundada en la errónea idea de que la computacion civil tiene por objeto favorecer á ciertas personas, constituyendo así una especie de privilegio; pero en realidad esta institucion sólo tiene por objeto facilitar á los indivíduos la determinacion de sus derechos. Además, semejante doctrina resultaría en contradiccion con el hecho probado de que, en una multitud de casos, admiten lo Romanos la computacion civil, y en uno solo el cálculo riguroso *ad momenta*.

Algunos pretenden que la computacion civil se aplica á las instituciones del *jus civile* y la computacion natural á las instituciones del *jus gentium (a)*. Aun prescindiendo de la falta de autenticidad de las expresiones *civilis* y *naturalis computatio* (§ 182), esta opinion se funda solamente en la consonancia de las palabras, bajo la suposicion tácita de que la computacion llamada *civilis* es una sutileza del *jus civile*; pero ya hemos visto que la computacion civil no es más que una apreciacion más libre de la relacion de derecho, en vista de las necesidades de la práctica, y precisamente el *jus gentium* es el que, por su naturaleza, se presta mejor á esta libre apreciacion.

Otros creen que la *civilis* ó la *naturalis computatio* se aplica segun el favor que merece el poseeder del derecho puesto en cuestion *(b)*. Estos son los que se encuentran más cerca de la verdad; sólo que no deberían limitar esta distincion al cálculo *ad momenta*.

El procedimiento más seguro es evidentemente el que hemos intentado *(c)*, esto es, buscar en las decisiones aná-

---

(a) Noodt, Comm in Pand, tit. de minoribus. Rheinfelder, pág. 16.
(b) Rücker, pág. 70.
(c) § 184, in f., § 186, in f.

logas de las fuentes las reglas aplicables á los casos no previstos. Este método nos ofrece desde luego dos reglas, por demás sencillas, que abrazan la mayor parte de los casos, dejando muy poco lugar para las indagaciones posteriores.

Primera regla. Aquel á quien el fenecimiento de un plazo confiere un derecho, puede ejercitar este derecho tan pronto como empiece á correr el último dia del calendario correspondiente al plazo. Tal es la regla que hemos examinado anteriormente, aplicada á la usucapion, á la manumision, al *anniculus* y á la capacidad de testar. Debe aplicarse además á los casos siguientes:

1.° Capacidad de contraer matrimonio. De igual manera que la capacidad de testar debe ésta comenzar, segun nuestra regla, con el dia aniversario del nacimiento *(d)*. El interés práctico de esta decision se manifiesta, por ejemplo, en el caso en que habiéndose contraido el matrimonio en la primera mitad del dia y antes del *momentum* del nacimiento, interviene inmediatamente una donacion entre esposos; pues, en semejante circunstancia, esta donacion sería nula. De igual manera, si uno de los esposos muriese inmediatamente despues de la celebracion del matrimonio, los derechos que de él proceden, y principalmente los relativos á la dote, resultarían adquiridos por el esposo superviviente.

2.° La duracion del año de luto. Así, pues, si una viuda contrae segundo matrimonio el dia aniversario de la muerte de su marido y antes del *momentum* en que se verificó dicha muerte, no incurre en las penas establecidas para la violacion del luto.

3.° Segun el antiguo derecho, la reclamacion de la dote, en cuanto al dinero y otros bienes de la misma naturaleza, podía hacerse *annua, bima, trima die* (e); de manera que, conforme á nuestro principio, esta reclamacion podría ejer-

---

(d) L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2): «cum apud virum *explesset* duodecim annos.»—L. 24, C. de nupt. (V, 4): «tempus... in quo nuptiarum ætas, vel feminis *post duodecimum annum* accesserit, vel maribus *post quartum decimum annum completum...*» Estas expresiones nada deciden respecto á nuestro asunto, porque se encuentran en textos en donde no se trata de fijar rigurosamente el término ni de elegir entre varias maneras de calcular.—Aquí, Rücker, pág. 54, cuenta *ad momenta.*

(e) Ulpiano, VI, § 8.

citarse desde el principio del dia, sin tener en cuenta la hora de la muerte ni la hora de la disolucion del matrimonio. Esta aplicacion de la regla ofrece en la práctica un interés muy secundario.

4.º Para pedir en juicio era necesario haber llegado á los 17 años de edad *(f)*. Esta capacidad comenzaba, pues, el dia aniversario del nacimiento sin consideracion á la hora en que este nacimiento había tenido lugar. La regla experimenta una excepcion cuando la ley decide expresamente que el plazo haya pasado, como, por ejemplo, tratándose de la exencion para las funciones municipales ó de la carga de la tutela que la ley concedía sólo al *major* septuaginta annis (§ 182, *d*); de suerte que si se defiere una tutela á un indivíduo de 70 años, en el dia mismo que llega á esta edad, no goza de la exencion, porque no le corresponde hasta el dia posterior *(g)*.

Segunda regla. Cuando se subordina la pérdida de un derecho á una falta de ejercicio prolongada durante cierto tiempo, aquél cuyo derecho se encuentra comprometido puede ejercitarlo durante todo el último dia del calendario correspondiente al del plazo y la pérdida del derecho no se consumará hasta que pase este dia. Hemos visto aplicada esta regla á la prescripcion de las acciones, á la querella de adulterio, á la *bonorum possessio*, y á un caso á cuyo texto dá Justiniano un carácter de generalidad. Esta regla es tambien aplicable á los casos siguientes.

1. La prescripcion de 18 meses establecida por el antiguo procedimiento para los *legitima judicia (h)*. En su consecuencia, el juez podía dictar sentencia el último dia del calendario correspondiente al del plazo.

(f) L. 1, § 3, de postul. (III, 1): «minorem annis decem et septem, qui eos *non in totum complevit*, prohibet postulare.» Este texto no habla de la fijacion precisa del término durante el trascurso del último dia, y ciertamente no había interés en ello; pero habla del complemento del año en general, y excluye al que, encontrándose próximo á los 17 años, tratase de intentar la comparecencia en juicio, por analogía con el *impubes pubertati proximus*. En este asunto Rücker, pág. 53 cuesta tambien *ad momenta*; pero en semejante materia este cálculo es una sutileza.

(g) L. 2, pr. de excus. (XXVII, 1).

(h) Gayo IV, § 104.

2. La restitucion, cuyos cuatro años son de igual naturaleza que la prescripcion de las acciones.

3. El plazo de 50 dias para alegar las excusas respecto á la dispensa de la tutela.

4. El inventario de una sucesion, el cual debe comenzarse dentro del plazo de 30 dias y terminarse en los 60 siguientes. Así, pues, tanto la apertura como la terminacion de dicho inventario puede tener lugar el último dia del calendario, con lo cual basta para evitar la pérdida del derecho.

5. Los plazos de procedimiento fijados por la ley ó por los tribunales, caso que, entre todas las aplicaciones de las reglas relativas al término de los plazos jurídicos, es el más frecuente y el más importante; y por dicha, en ninguno de éllos existen pruebas más convincentes y numerosas de la doctrina sentada *(i)*.

La anterior decision se halla confirmada por la autoridad de los prácticos más distinguidos; sólo que se presenta bajo una forma que puede fácilmente hacer olvidar que semejante regla es en realidad la misma que tantas aplicaciones tiene en el derecho romano. Estos autores, en efecto, establecen que los plazos del procedimiento no se cuentan desde el dia mismo de la designacion, sino desde el dia siguiente *(k)*; y así expresada, la regla aparece como un favor concedido arbitrariamente á una de las partes, por cuya causa ha podido ser atacada por otros autores en nombre de una pretendida rigurosa teoría *(l)*. Sin embargo, en todo ello no hay más que aquel principio de derecho romano, segun el

---

(i) En apoyo de esta aplicacion se cita frecuentemente la L. 1, si quis caut. (II, 11), que nada tiene de comun con ella. La disposicion en ella contenida consiste en que un pretor manda comparecer en juicio á un demandado que vive muy léjos del lugar de dicho juicio, concediendo para su viaje un dia por cada 20 millas romanas, sin contar el dia de la designacion, ni el de comparecencia; decision que significa solamente que el demandado no está obligado á comparecer en juicio la tarde del último dia de su viaje, lo cual ninguna relacion tiene con la manera de calcular el fenecimiento de un plazo.

(k) Böhmer, Jus. eccl. Prot. lib. 2. tit. 14, § 5, «*post diem insinuationis* dilatio præscripta currere incipit.» Voetius, II, 12, § 14; Gensler, Archiv., tomo IV, pág. 197.

(l) Glück expuso primero (tomo III, pág. 267) la doctrina ordinaria de los prácticos. Despues, con motivo de las excusas, (tomo XXXII, página 101, 103), declara que esta doctrina es la dominante en la práctica, pero que es falsa teóricamente

cual, en materia de prescripcion, el poseedor del derecho puede ejercitarlo durante todo el último dia del calendario. Es indiferente decir que el plazo comienza desde el momento mismo en que ha sido determinado, pero que se prolonga durante todo el último dia del calendario, ó establecer que no debe empezar á contarse hasta el dia posterior á dicha designacion, pues el resultado es enteramente el mismo.

La práctica de los tribunales confirma además plenamente esta doctrina. Cuando, por ejemplo, el dia 5 de Setiembre se concede un plazo de un mes para verificar un acto de procedimiento, el juez debe limitarse á examinar, para resolver sobre su cumplimiento, si el acto ha tenido lugar despues del 5 de Octubre, sin tener en cuenta la hora en que hubiese comenzado á correr el plazo; pues bien, este es precisamente el sentido y el resultado de la regla que, por analogía con la prescripcion de las acciones, he sentado respecto á los plazos del procedimiento. Es verdad que el plazo de 10 dias para la apelacion se cuenta *ad momenta (m);* pero es preciso para esto que se haya hecho constar de una manera auténtica la hora de la notificacion, como había costumbre de hacer otras veces, pues si, por el contrario, como hoy sucede, se menciana sólo el dia y no la hora, los 10 dias se cuentan sin tener en consideracion la hora de la notificacion *(u)*; lo cual ciertamente viene á confirmar nuestra regla.

Debo ahora examinar si existen casos en que no deba aplicarse ninguna de las dos reglas precedentes, sino el cálculo *ad momenta*, por analogía con el caso de la menor edad como condicion para la restitucion.

Desde luego, se presenta dentro de esta categoría el caso de la menor edad como motivo y condicion de la curatela. En este punto no se trata de saber si el menor puede tomar la administracion de los bienes un dia despues ó un dia ántes, pues si se ocurriera un litigio sobre esta materia, el

---

(m) Fúndase esta doctrina en las siguientes palabras de la Nov. 23, C. 1: «intra decem dierum spatium, *a recitatione sententiæ numerandum*,» pero en realidad estas palabras pueden igualmente aplicarse al cálculo *ad dies*, que al cálculo *ad momenta*.

(n) Böhmer, Jus. eccl. Prot., lib. II, tomo 48, § 48,

dia en cuestion habría pasado ántes de la decision del pleito. El interés práctico de la cuestion se presenta cuando se trata de enagenaciones hechas el dia aniversario del nacimiento por el menor sin su curador ó por el curador sin su pupilo. La validez de la enagenacion depende entónces del momento en que termina la curatela, pues ántes de este momento el menor no puede enagenar, y despues del mismo la enagenacion del curador es nula. En mi sentir, sería obrar contra la naturaleza de las cosas el adoptar para la curatela una regla distinta que la establecida para la restitucion, pues ámbas instituciones tienen un fin idéntico, á saber, el de proteger á los menores contra los actos que les sean perjudiciales, y únicamente difieren en los medios que para ello emplean. Así, pues, la curatela termina en la hora misma del nacimiento (*ad momentum*); y si ocurre duda sobre la prioridad ó posterioridad de un acto de los enumerados arriba, respecto de este momento, debe el demandante probar este hecho para que prospere su demanda.

Idéntica cuestion, fundada sobre el mismo interés, se presenta con motivo de la pubertad, que proporciona al púbero la capacidad de obrar y de donde depende la terminacion de la tutela y los derechos del tutor *(o)*.

Á primera vista parecería natural que se adoptara en este punto la misma regla que la establecida para la capacidad de testar, resolviendo que la capacidad comienza en la media noche que precede á la hora del nacimiento, ó, como pretenden algunos autores, un dia ántes; pero, examinando el asunto con más detencion, hay que reconocer una diferencia; pues la tutela protege al impúbero contra peligros que no ofrece la capacidad de testar; y por otra parte, es tan evidente la analogía entre la tutela y la curatela, que estimo más conforme con los principios, el adoptar, en derecho romano, para el plazo de la tutela, el cálculo *ad momenta*.

(*o*) Desde luego podría intentarse decidir la cuestion aplicando las disposiciones legislativas que se refieren á la terminacion de la tutela, pr. J. quib. modis tut. (I, 22), «post annum XIV *completum.*» L. 3, C. quando tut. (V, 6), «*post* excessum XIV annorum... impletos XII annos.» Pero como estos textos no se proponen especialmente resolver esta cuestion, ni en ellos se considera la oposicion entre las diversas partes del último dia, no puede concederse importancia alguna á sus expresiones. V Koch, n. 71-73; Erb, p. 239.

Por lo demas, esta cuestion no puede presentarse en el derecho actual, porque confundiéndose la tutela de los impúberos con la curatela de los menores, ámbas terminan al mismo tiempo; y áun entre los Romanos ofrecia un interés muy secundario, pues como el impúbero pasaba inmediatamente al estado de menor, resultaba su imprevision protegida, primero por la restitucion, y más tarde por la curatela. Parece además que en los tiempos antiguos el fin de la curatela no estaba únicamente determinado por la edad, sino que á él se referían tambien la investidura de la toga civil, esto es, un acto solemne cuya época variaba segun las circunstancias (§ 109).

Cuando se trata, no de la expiracion completa de un período determinado, sino de un espacio de tiempo comprendido dentro de un plazo (§ 177), las reglas precedentes deben aplicarse, conforme á su espíritu general, de una especial manera; y aquél cuyo derecho se encuentra subordinado solamente á esta condicion puede elegir, durante todo el trascurso del último dia, el momento que le sea más conveniente. En su consecuencia, cuando se trata de establecer la legitimidad de un hijo como nacido 182 dias despues del matrimonio, no es obstáculo para dicha declaracion el que el matrimonio hubiera sido contraido por la tarde y el nacimiento haya tenido lugar por la mañana; y, por igual razon, aquél cuyo caballo ha sido muerto por la tarde, puede elegir para la estimacion de su mayor valor durante el año, la mañana del dia del calendario que corresponda al dia en que fué muerto dicho caballo. De donde se desprende que esta manera de calcular comparada con el cálculo matemático, en el primer caso abrevia un poco los 182 dias, y en el segundo prolonga un tanto el año.

Por último, falta saber la manera de establecer el término jurídico de los plazos en el derecho moderno.

En el antigno derecho germánico se encuentran frecuentemente dias llamados de gracia (*p*), y podía tratarse de referirlos al punto de vista bajo el cual hemos considerado la prescripcion de las acciones en derecho romano y el cálcu

---

(*p*) Grimm, Rechtsalterthumer, p. 221.

lo de los plazos; pero no me atrevo á avanzar tanto sobre este punto.

El Código prusiano, al adoptar los principios que he intentado sentar respecto al derecho romano, los ha generalizado considerablemente. Todo plazo expira al principio del último dia cuando se trata de la adquisicion de un derecho *(q)*, y al fin del último dia cuando se trata de la pérdida *(r)*. No se adopta en ningun caso el cálculo *ad momenta;* así, por ejemplo, la capacidad de obrar comienza para los menores con el dia aniversario de su nacimiento *(s)*; de suerte que esta modificacion es considerada como pura adquisicion de un derecho.

El Código civil francés ha generalizado la regla establecida por el derecho romano para las pérdidas que resultan de la falta de ejercicio de una accion; y así es que, segun este Código, todos los plazos jurídicos terminan á la conclusion del último dia, es decir, en la media noche que sigue al término matemático *(t)*. Por tanto, todos los plazos resultan más ó ménos alargados, salvo los casos rarísimos en que el dia móvil concuerda exactamente con el dia del calendario. El legislador ha querido modificar á éste respecto las disposiciones del derecho romano, obrando con perfecto conocimiento de causa *(u)*.

§ CLXXXIX.—VI.—*El tiempo.*—4.—*Utile tempus.*

Textos principales:
L. 1, de div. temp. prœscr. (XLIV, 3).

(*q*) A. L. R., I, 3, § 46.
(*r*) A. L. R., I, 3, § 47; I, 9, § 547, 549.
(*s*) A. L. R., I, 5, § 18.
(*t*) Código Civil, art. 2260, 2261. «La prescrincion se cuenta por dias y no por horas.—Es adquirida cuando se cumple el último dia del término.»—Las palabras *el último dia*, consideradas en sí mismas, podrían ser equívocas: pero viéndose claramente su enlace con los artículos precedentes, resulta evidente que se refieren al dia del calendario.—Estos artículos se incluyen entre las disposiciones generales sobre el tiempo necesario para prescribir, de manera que se aplican á la usucapion, lo mismo que á la prescripcion. Siendo la simplificacion del derecho el fin del legislador, deben extenderse estas disposiciones á la computacion de todos los plazos jurídicos.
(*u*) Código Civil seguido de sus motivos, t. VII, p. 148, (discursos de Bigot-Preamenen). Maleville, t. IV, p. 148.

L. 2, quis ordo (XXXVIII, 15).

Autores:

Donelo; XVI, 8, § 17.

Haubold, opuscula, t. I p. 397-438 (1791). Véase Wenck, prœfatio, p. XXX.

Chr. G. Gmelim, über dies tete und zusammengsetze Zeit, en: Danz, Gmelin und Tafinger, Critisches Archiv, der jur. Lit. Tubingen 1802, t. II, p. 193-244.

La computacion civil de que me he ocupado hasta aquí, considerándola como una modificacion de la computacion regular, podía aplicarse á toda clase de plazos; pero la segunda modificacion posible de que voy á ocuparme ahora, á saber, *el utile tempus*, encuéntrase por su naturaleza restringida á los casos únicos en que la pérdida del derecho resulta de la inaccion de su poseedor (§ 177). En efecto, prescribe la equidad que, cuando la inaccion procede de un obstáculo invencible, se tenga en cuenta este obstáculo para la computacion del plazo *(a)*, y que éste se prolongue por todo el tiempo en que haya sido imposible el ejercicio. Ahora bien, cuando se admite esta modificacion, el tiempo se llama *utile tempus*, y cuando no se tienen en cuenta los obstáculos el tiempo se denomina *continuum* (*b*). Estas prolongaciones del plazo se calculan siempre dia por dia, aunque el plazo estuviera computado por meses ó por años (*c*).

(*a*) La expresion técnica es: *dies cedunt, non cedunt*. Véase los principales textos citados.

(*b*) *Tempus* utile continuum, L, 2, quis ordo (XXXVIII, 15).—*Dies utiles*, én los dos textos principales, y en el § 16, J. de excus. (I, 25).—*Menses*, L. 19, § 6, de ædil. ed. (XX, 1); L. 29, § 5, ad L, Jul. de adult. (XLVIII, 5).—*Annus*, L. 19, § 6, de ædil, ed. XXI, 1); L. 8, C. de dolo (II, 21).—*Bienium* continuum, L. 8, C, de dolo (II, 21).—*Quadrienium*, L. 7, C, de temp. in int. rest. (II, 53).—*Quinquenium*, L, 29, § 5; L. 31, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).—Respecto á esta manera de contar se encnentra tambien el sustantivo *utilitas* temporis, L. 2, § 3, quis ord. VIII, 15), y respecto á la otra, *continuatio* temporis, L. 7, pr. C. de temp. in int. vest. (II, 53).

(*c*) L. 2, pr. quis ordo (VIII, 15). «Utile tempus est bonorum possessionem admittendarum. Ita autem utile tempus est, *ut singuli dies utiles sint*: scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Ceterum *quacumque* die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin *dies ei non cedat*.» Este plazo era, segun los casos, de un año ó de cien dias y es indudable que debe aplicarse á las prescripciones la regla establecida en el texto para la B. P.—Si el impedimento sobre-

Este equitativo cálculo se aplica en virtud de una regla general (*ipso jure*) y tal es su especial carácter, que distingue al *utile tempus* de la restitucion, la cual supone siempre una decision del magistrado, resolviendo una determinada relacion del derecho.

Gran error sería considerar como bastante esta sumaria indicacion del *utile tempus* y creerla aplicable á todos los casos de esta categoría. Sin embargo, considerada la definicion en su aspecto negativo puede servir para determinar los casos que se encuentran fuera de ella. Así, aunque la brevedad del plazo para la usucapion de las cosas muebles, que no era más que de un año, hubiera podido inducir á que se admitiera en esta materia un *utile tempus*, no hubo tal admision (*d*), por la razon sencilla de que la usucapion se funda esencialmente en la posesion del adquirente y no en la inaccion del antiguo propietario, la cual es una circunstancia accidental que tambien faltaba frecuentemente en el antiguo derecho (*e*). Considerada la definicion en su sentido positivo, exige una gran reserva en su aplicacion, pues aún en los mismos casos que especifica se hace preciso para que tenga lugar la aplicacion del *utile tempus*, la reunion de las circunstancias que á continuacion se expresan:

1.ª Es necesario que el acto deba verificarse ante un magistrado. Así es que el *utile tempus* no se aplica al plazo de un

---

viene en medio del dia no debe contarse éste porque la regla concede un cierto número de dias *completos* y aquél en que sobreviene el obstáculo no lo es. Rheinfelder, p 16, 17, pretende que se cuenten las horas y los minutos; pero semejante cálculo sería, no sólo contrario por demasiado minucioso á los términos del texto citado, sino tambien inexacto, pues el tiempo consagrado cada dia á los negocios es menor de 24 horas y no puede determinarse tampoco en un número de horas preciso.

(*d*) L. 31, § 1. de usurp. (XLI, 3). «In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur.» Este texto se refiere á la antigua usucapion de un año é impide que se aplique á esta usucapion el *utile tempus* de las acciones anuales.

(*e*) Cuando la cosa sometida á la usucapion estaba ya *in bonis* no había adversario frecuentemente. En cuanto á la usucapion del *b f possessor*, es cierto que implica siempre un adversario, pero su negligencia es de un interés tan secundario y de tal modo indiferente para la esencia de la usucapion, que ni áun la interposicion de la accion reivindicatoria interrumpiría la usucapion comenzada.

año para deliberar *(f)*, ni á los plazos para empezar y terminar el inventario de una herencia *(g)*, ni al plazo de 30 dias, en cuyo intervalo la mujer divorciada debe denunciar su embarazo á su marido *(h)*. Pero tampoco se aplica el *utile tempus* á todos los actos que se verifican ante los magistrados, y así, los 50 dias dentro de los cuales deben deducirse ante los tribunales las excusas para la tutela son *continui (i)*. Quedan, pues, únicamente para la aplicacion del *utile tempus* los dos casos principales á que se refieren los textos citados á la cabeza de este párrafo, á saber, la adquisicion de la *bonnorum possessio* y la prescripcion de las acciones. Preciso es añadir además cierto número de casos que se enlazan con la prescripcion ó que tienen gran analogía con ella, como son los 60 dias y los cuatro meses para la querella de adulterio *(k)*, los dos y los tres dias para apelar, segun el antiguo procedimiento *(l)*; la antigua caducidad en materia de restitucion, aunque no sea una prescripcion propiamente dicha *(m)*; y, por último, la *anualis*

(f) L. 19, C. de jure delib. (VI, 30). Habiendo sido regulado el plazo para deliberar por el juez y no por la ley, nada tienen de comun con el *utile tempus*. Se trata aquí del derecho de trasmision que resulta de este plazo.

(g) L. 22, C. de jure delib. (VI, 30).

(h) L. 1, § 9, de agnoscendis (XXV, 3). «Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles.» Los § 1, 3, 4, eod., determinan el sentido de estos 30 dias.

(i) § 16, J. de excus. (I, 25). «intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt se tutores datos, excusare se debent.» L. 13, § 9. eod.

(k) L. 11. § 5, 6; L. 29, § 5, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

(l) Dos dias sin contar el del juicio, si la parte había comparecido en persona, tres dias si lo había hecho por medio de procurador. L. 1; § 5, 6, 11, 15, quando appellandum sit (XLIX, 4).—En el § 6 se lee: *Dies autem istos, quibus appellandum est, ad aliquid utiles esse* oratio D. Marci voluit, si forte ejus a quo provocatur copia non fuerit» (segun el § 10 es preciso además que el apelante no haya podido tener acceso cerca del juez superior). Las palabras *ad aliquid* serán más adelante explicadas. Es posible que se pretenda aplicar esta regla al nuevo plazo de 10 dias concedido para interponer la apelacion; pero semejante aplicacion es dudosa, porque entre la sustitucion de los diez dias y los dos ó tres anteriores encontramos la misma proporcion que entre la conversion del *annus utilis* de la restitucion en un *quadriennium continuum*. Por lo demás, en semejante caso no podría ser negada la restitucion al apelante.

(m) Al *annus utilis* sustituye el derecho nuevo un *quadriennium continuum*. L. 7, C. de temp. in int. rest. (II, 53).

exceptio italici contractus, abolida por Justiniano (*n*). Pero todos estos casos son extraños al derecho actual; de manera que sólo tenemos que ocuparnos de la *bonorum possessio* y de la prescripcion.

2.ª El *utile tempus* es únicamente aplicable á los plazos establecidos en virtud de una regla general y no á los que determina una voluntad particular, quedando, por tanto, excluidos los plazos de procedimiento fijados por el Juez (*o*).

3.ª De igual manera, para la *bonorum possessio* y la prescripcion de acciones el *utile tempus* solamente se aplica en los plazos de un año ó de ménos tiempo; pero nunca en los plazos que exceden de un año.

En cuanto á la *bonorum possessio*, esta regla no necesita prueba, puesto que, en semejante materia, sólo existen dos plazos, el uno de un año y el otro de cien dias; de manera que en ningun caso es dudosa la aplicacion del *utile tempus*. Pero sí pueden ocurrir dudas respecto de la prescripcion de las acciones, en cuyo asunto encontramos tantos plazos de diferente duracion.

Las largas prescripciones se hallan incontestablemente sometidas al *continuum tempus*. Esto se declara formalmente respecto á las prescripciones de 30 años (*p*); pero es igualmente aplicable á las de 20, 10, 5 y 4 años. Por el contrario, las prescripciones de un año y las menores de un año suponen siempre el *utile tempus*. Tal es la regla general admitida tácitamente, pues aunque el edicto, los rescriptos y los escritos de los antiguos jurisconsultos no emplean siempre expresiones muy precisas para determinar esta clase de plazos, no parece que se haya suscitado nunca la menor duda respecto á este punto (*q*). Así, con motivo del interdicto *uti possidetis*, el edicto hablaba expresamente del *utile*

(*n*) L. 1, pr. C. de annali except. (VII, 40). Aunque esta ley no nombra el *utilis annus* lo designa evidentemente por las palabras siguientes: illud spatium annale alii quidem ita effuse interpretabantur, ut possit usque ad decennium extendi...»

(*o*) Así lo confirma el hecho de que los plazos de procedimiento fijados por el juez comprendian tambien los dias en que los tribunales vacaban, L. 3, C. de dilat. (III, 11); L. 2, C. de temp. et repar. (VII, 63).

(*p*) L. 3, C. de præscr. XXX (VII, 39) «triginta annorum *jugi silentio*.» La L. 4, eod., se expresa de igual manera con motivo de la prescripcion de cuarenta años.

(*q*) Donelo, XVI, 8, § 17.

tempus (r); y aunque no decía nada tratando del interdicto de *vi (s)*, no se ha dudado nunca en admitirlo tambien respecto á él, por mas que este silencio hubiera podido interpretarse en favor del *continuum tempus (t)*. Un texto del Código declara, en términos muy vagos, que la accion de injurias se prescribe por un año *(u)*; y otro texto muy antiguo dice, de pasada, que este año es un *utile tempus (v)*. Así, tambien, las acciones edilicianas están simplemente sometidas á la prescripcion de un año y de seis meses *(w)*; y en otras partes vemos que estos plazos se designan como *utile tempus (x)*. De todo lo dicho puede concluirse, con gran probabilidad, que los jurisconsultos romanos consideraban el *utile tempus* como inherente á las prescripciones de un año ó de ménos de un año, sin distinguir si esta disposicion especial se había expresado en el edicto para cada caso particular.

4. Por último, la condicion más importante y que ha suscitado mayor número de controversias se refiere á la naturaleza de los obstáculos susceptibles de motivar la computacion artificial del *utile tempus*. En efecto, para que haya lugar á la aplicacion del *utile tempus* es necesario que el impedimento para obrar sea pasajero, casi siempre accidental y que no sea consecuencia de un estado permanente del indivíduo.

Los detalles que voy á dar sobre estas dos clases de impedimento servirán de comentario y de prueba á la regla establecida.

Los impedimentos bastantes para motivar la aplicacion del *utile tempus* pueden referirse á la persona del que debe obrar, ó á la persona de su adversario, ó á las circunstan-

---

(r) L. I, pr. uti poss. (XLIII, 17): «intra annum quo primum experiundi potestas fuerit,» términos propios del *utile tempus*. L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3).

(s) L. 1, pr. de vi (XLIII, 16) «intra annum.»

(t) L. 1, § 39, de vi (XLIII, 16): «annus in hoc interdicto utilis est.» Esta decision no es extraordinaria ni se refiere á asunto dudoso; tiene solo por objeto prevenir el error á que hubiera podido inducir el silencio del edicto sobre este punto.

(u) L. 5, C. de injuriis (IX, 35).

(v) L. 14, § 2, quod metus (IV, 2).

(w) L. 2, C. de ædil. act. (II, 58).

(x) L. 19, § 6, de ædil. ed. (XXI, 1).

cias en que se encuentra el magistrado ante el cual debe verificarse el acto *(y)*.

Los que respectan á la persona del que debe obrar pueden, á su vez, referirse á la prescripcion ó á la *bonorum possessio*; y existen cuando, por ejemplo, el actor es prisionero del enemigo ó se halla ausente en servicio del Estado ó se encuentra encarcelado *(z)*, ó si una tempestad ó una enfermedad le impiden comparecer; obstáculos todos pasajeros y accidentales. Pero en todos estos casos es necesario además que el interesado no pueda proporcionarse nn representante *(aa)*.

Los impedimentos tocantes á la persona del adversario sólo pueden existir tratándose de la prescripcion de acciones, pues respecto de la *bonorum posssesio* no hay ordinariamente adversario, y respecto de la apelacion, en el antiguo derecho no había que ocuparse de contrario alguno, puesto que éste permanecía extraño al acto de la apelacion *(bb)*. Ahora bien, los impedimentos que, procedentes de la persona del demandado, se oponen al ejercicio de una

---

(*y*) Los detalles que menciono sobre los diversos impedimentos están tomados de la L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3).

(*z*) L. 1, cit. «in vinculis.»—L. 11, § 5, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5): «in custodia.» Estas palabras parecen designar directamente la detencion de un criminal ó de un presunto reo; pero pueden tambien aplicarse á la prision por deudas.

(*aa*) L. 1, cit.: «ut neque experiri neque mandare possit.» Más adelante encontramos: «Plane is, qui valentudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est ut experiundi habeat potestatem;» ó en otros términos: qui valetudine *ita* impeditur ut mandare *tamem* possit. La palabra *ea*, añadida en la Vulgata ántes de la palabra valetudine, ofrece el mismo sentido.—A. Faber, conject. V, 18, comienza por interpretar, contra el uso, *impeditur ut* por *impeditur ne*, y es llevado á la más peligrosa de las correcciones: *non* habeat potestatem.

(*bb*) En la L. 1, § 6, quando appell. (nota *l)* las palabras *«ad aliquid* utiles esse» no quieren decir que la *utilitas* está restringida en principio sino más bien en su aplicacion, comparada con la prescripcion. Así, en materia de apelacion, no sólo no puede causar el adversario ningun impedimento, sino que áun para el demandado existirá rara vez á causa de la brevedad del plazo. Verificándose el juicio, como supone nuestro texto, en presencia del apelante, no es probable que en el mismo dia ó al siguiente se encuentre cautivo del enemigo ó alejado por una tempestad del lugar en que el tribunal resida. Estas palabras expresan, por consiguiente, una difereneia de hecho y no de derecho. No carece este asunto de importancia para la refutacion de los errores de que hablaré más adelante.

accion son, por ejemplo, que éste sea desconocido ó se encuentre oculto ó haya huido ó, en general, que se encuentre ausente y no haya dejado á nadie para representarlo *(cc)*.

Las circunstancias particulares del magistrado pueden tambien impedir de dos maneras el ejercicio de una accion *(dd)*. Primero, cuando el magistrado se encuentra ausente del lugar en que ha de administrarse la justicia *(ee)*. En este punto los Romanos distinguían los actos en los cuales la intervencion del magistrado no era más que una simple formalidad de aquellos que estaban sometidos á un exámen jurídico y debían ser llevados necesariamente ante el tribunal *(ff)*. En las provincias no era absolutamente indispensable la presencia directa del lugar-teniente y bastaba que su alejamiento no fuera muy considerable, en cuyo caso, se prolongaba el plazo un dia por cada veinte millas romanas de distancia *(gg)*. Segundo, existía otro impedimento más general que resultaba de la organizacion de la justicia romana *(hh)*. Tenían los Romanos un pequeño número de *dies fasti* en los cuales podían tratarse los negocios judiciales, y otro número de *dies nefasti* en que se prohibía tratar de semejantes negocios. Entre unos y otros se colocaban dias indeterminados, principalmente los *comitiales*, muy numerosos, cuyos dias, no habiendo comicios, podían consagrarse á los asuntos forenses. Cuando se multiplicaron los negocios fué preciso aumentar el número de dias fastos, y así, Augusto introdujo 30 nuevos dias de esta clase, y Marco Aurelio elevó su número á 230 *(ii)*; bajo

---

(cc) Este caso es muy frecuente en la accion anual *vi bonorum raptorum*. Sería áun más frecuente para la *furti actio* si esta accion no fuera perpétua, y por consiguiente de *continuum tempus*.

(dd) L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3): «Illud utique neminem fugit experiundi potestatem non habere eum, qui Prætoris copiam non habuit: proinde in dies cedunt, quibus jus Prætor reddit.» Y sucede lo mismo respecto de la B. P. L. 2, § 1, quis ordo (XXXVIII, 15).

(ee) Así, nadie está obligado á ir á buscar al pretor á su domicilio. L. 1, § 7, 8, 9, quando appell. (XLIX, 4).

(ff) L. 2, § 1, 2, quis ordo (XXXVIII, 15). A la primera clase pertenece la *edictalis* B. P. que puede conferirse *de plano*; y á la segunda corresponde la *decretalis* B. P., como cualquiera otra accion.

(gg) L, 2, § 3, quis ordo (XXXVIII, 15).

(hh) Este asunto difícil se encuentra muy bien tratado en Hollweg, Geschichte des Prozesses; tomo I, § 19.

(ii) Sueton. Octaviano, C. 32, Marco Capitolino, C. 10.

los emperadores, además, casi todos los *dies comitiales* habian llegado á ser disponibles. En el año 389 se dió á los dias fastos una nueva organizacion, en armonía con las prescripciones de la Iglesia cristiana, y su número se elevó á 240 próximamente *(kk)*. Esta clase de impedimento, el más regular y el más importante de todos, prolonga, pues, el *utilis annus* en cerca de seis meses.

Se nota que las otras clases de impedimentos se refieren á circunstancias accidentales, algunas veces muy raras, miéntras que la última expuesta se reproduce constantemente y absorbe cerca de la tercera parte del año; en su consecuencia, parece probable que la computacion del *utile tempus* se hubiera establecido sólo para estos casos, y que las otras clases se añadirían despues por vía de analogía. Debo advertir que este impedimento de tan grande importancia para los Romanos no tiene ninguna en el derecho actual, pues que con arreglo á nuestras instituciones todo acto jurídico que la ley ordena debe verificarse dentro de cierto plazo, y puede siempre hacerse efectivo por medio de la presentacion de un escrito; los dias de audiencia de los tribunales no tienen influencia alguna en esta materia y ni aún los dias feriados se oponen ordinariamente á la observacion de los plazos *(ll)*.

§ CXC.—VI.—*El tiempo.*—IV. *Utile tempus.* (Continuacion).

Acabo de enumerar los impedimentos que dan lugar á la aplicacion del *utile tempus*, y debo ahora hablar de aquellos que no admiten semejante aplicacion, punto al que se refieren generalmente los errores de los autores modernos.

Entre los obstáculos de esta especie, el caso en el que el llamado á obrar no tiene conocimiento de su derecho se

---

(kk) L. 19, C. Th. de feriis (II, 8); en las antiguas ediciones, ley 2.

(ll) En más de un caso se había decidido ya esto en Roma, principalmente respecto de los 50 *dies continui* para las excusas. Fragm. Vat., § 156, «si sint sessiones... debet... adire Prætorem... Si feriæ sint, libellos det contestatorios.» Solo que en este caso se remitían libelos al adversario (adversario, id est ei qui eum petit), miéntras que los dias no feriados se le obligaba á comparecer ante el pretor.

presenta, desde luego, como el más importante. Parece, en efecto, que un impedimento tan decisivo debiera motivar incontestablemente la aplicacion del *utile tempus*, y tal es ciertamente la opinion de la mayor parte de los autores; pero se verá, por la exposicion siguiente, que esta doctrina no es en manera alguna conforme á la realidad *(a)*. En cuanto á la *bonorum possessio*, es cierto que el edicto asimila la ignorancia á la imposibilidad de obrar *(b)*, y por una aplicacion natural del *utile tempus*, no se contaban los dias en que el llamado no había tenido conocimiento de su derecho *(c)*. Respecto de la prescripcion de las acciones, por el contrario, se habla únicamente de los obstáculos exteriores *(d)*; la ignorancia en que el titular se encontrase sobre la existencia de su derecho no se menciona en el edicto; y en la práctica, salvo raras excepciones, para nada se tiene en cuenta. Esta distincion entre la prescripcion y la *bonorum possessio*, no resulta de los términos accidentalmente empleados en el edicto, sino que, mas bien, los términos del edicto, responden á una distincion fundada en la naturaleza de las cosas. En efecto nadie puede ignorar ordinariamente, sin hacerse culpable de negligencia, el derecho que debe ejercitar, miéntras que ninguno está obligado á inquirir las sucesiones que puedan corresponderle. Por otra parte, al someter á un plazo la reclamacion de la *bonorum*

(*a*) He tratado este asunto con extension en el apéndice VIII, número XXIV-XXVIII, y en este punto me limito á recordar brevemente sus resultados.

(*b*) Pero sólo la *facti ignorantia*, no la *juris ignorantia*. V. el apéndice VIII, núm. XXIV.

(*c*) L. 2, pr. quis ordo (XXXVIII, 15): «Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet ut per singulos dies *et scierit et potuerit* admittere: ceterum quacunque die *nescierit aut non potuerit*, nulla dubitatio est quin dies ei non cedat.» Hé aquí el sentido de este texto: el *nescire* y el *non posse*, son dos cosas distintas; pero en cuanto á la B. P., tienen abmas en la práctica los mismos resultados, y dan lugar al *utile tempus*.

(*d*) L. 1, de div. tem. præscr. (XLIV, 3): «Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus quid sit, *experiundi potestatem* habere.» El simple *posse* experiri no implica, en manera alguna, como condicion, el *scire*. (V. la nota precedente), pues el que ignora el derecho que tiene de intentar una accion, puede y debe triunfar de esta ignorancia. En la enumeracion que sigue á lo transcrito, de los casos en que falta la *experiundi potestas*, no se iucluye la ignorancia por mas que es caso mucho más frecuente que la mayor parte de los enumerados; y la ley seguramente la hubiera designado, si hubiese querido concederle aquel efecto.

possessio y el ejercicio de las acciones, se ha querido evitar la suspension, las relaciones de derecho; y sería contrario á este fin, que se admitiese para la prescripcion de acciones la excusa de ignorancia; pero este inconveniente no existe; respecto de la *bonorum possessio*, pues si el heredero directo ignora la apertura de la sucesion, el que es llamado en su defecto, está interesado en denunciarla, haciendo así cesar la ignorancia.

Recíprocamente hay muchos casos de *tempus continuum*, en que la ignorancia impide que corra el plazo; tales son las excusas de la tutela *(e)*, los plazos concedidos para deliberár y hacer inventario *(f)*, y todos los plazos de procedimiento.

De lo anterior se desprende, que la oposicion del *utile* y del *coutinuum tempus* no tiene relacion alguna con la admision ó no admision de la ignorancia. Son materias independientes una de otra, y su diferencia esencial ha sido formalmente reconocida en un texto del derecho romano *(g)*.

Para que haya lugar á la aplicacion del *utile tempus*, es necesario que el impedimento de obrar sea pasajero, esto es, que dependa de circunstancias accidentales y variables y no de un estado permanente de la persona, como el de los impúberos, de los menores, de los hijos sometidos á la patria potestad, de los locos, de los pródigos y de las personas jurídicas. Todas estas personas se encuentran más ó ménos impedidas para ejercitar sus derechos, y podría tratarse de concedérseles el favor del *utile tempus;* pero debe rechazarse completamente esta aplicacion, porque, para proteger los intereses de estas diversas clases de personas, existen instituciones especiales que nada tienen de comun

---

(e) § 16, J. de excus. (I, 25); L. 13, § 9, eod. (XXVII, 1); L. 6, C. eod. (V, 62); Fragm. Vat., § 156.

(f) L. 19, 22, C. de J. delib. (VI, 30).

(g) L. 8, C. de dolo (II, 21), es decir, L. un. C. Th. de dolo (II, 15): «Optimum duximus non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit, *neque* intra annis utilis tempus, *sed potius* ex eo die, etc.» Así, pues, se calcula fuera del *annus utilis* el tiempo en que se comenzara el dolo.—El único texto que podría suscitar una apariencia de duda es la L. 8, de his qui not. (III, 2). «Sed cum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti.» Si se quisieran tomar por base de una regla las expresiones aisladas de este texto, la regla debería redactarse de la siguiente manera: omne continuum tempus ignoranti cedit; pero ya he sentado el principio contrario.

con la distincion del *utile* y del *continuum tempus*. Esto es lo que voy ahora á probar, primero con respecto á la prescripcion de acciones, y despues con relacion á la *bonorum possessio*.

I. Prescripcion de las acciones.

El antiguo derecho no concedía ninguna exencion á los impúberos ni á los menores, ni áun respecto de las acciones cuya prescripcion estaba sometida al *utile tempus*, porque nunca les faltaba la *experiundi potestas*, siendo así que el tutor podía obrar por el impúbero *(h)*, y el menor podía obrar por sí mismo; al impúbero le quedaba un recurso contra su tutor, y ámbos, como menores, podían hacerse restituir. El derecho nuevo ha introducido grandes innovaciones en esta materia: todas los prescripciones dejan, *ipso jure*, de correr contra el impúbero, y lo mismo sucede respecto al menor, salvo la prescripcion de 30 años, para la cual no se admite nunca la restitucion. No se distingue si el tiempo de estas diversas prescripciones es *utile* ó *continuum (i)*.

El hijo sometido al poder paterno, poseedor de bienes llamados *adventitia*, desconocidos ántes de Constantino, no puede ejercitar por sí mismo las acciones que á dichos bienes se refieren, porque el padre tiene su administracion exclusiva; de manera que se encuentra al abrigo de todas las pérdidas resultantes de la prescripcion, de igual modo que el impúbero *(k)*.

En cuanto á los locos y los pródigos, no encontramos disposiciones especiales sobre la prescripcion de sus acciones, y hay que concluir que se encuentran protegidos por los recursos que á ellos y á sus herederos se conceden contra el curador negligente.

Parecería muy natural que se asimilase el loco al impúbero; acaso no se haya hecho teniendo en cuenta la rareza

---

(*h*) La Tab. Herad. Vers. 4, 5, 6, presenta una analogía notable sobre este punto. Ordena hacer ciertas declaraciones en un número de dias determinado, y establece que sí debe hacerlas, por ejemplo, el pupilo, el tutor es el obligado á guardar el plazo, es decir, que el pupilo pierde su derecho si el tutor deja pasar dicho plazo.

(*i*) V. el apéndice VIII, núm. XXVII.

(*k*) Apéndice VIII, núm. XXVII.

del caso, y además el rigor excesivo que, respecto á la parte contraria, implicaría la suspension de todas las prescripciones, puesto que la enajenacion mental puede durar toda la vida, mientras que la infancia tiene límites ciertos y restringidos.

Tampoco encontramos disposiciones especiales, respecto de la prescripcion de las acciones de las personas jurídicas; de suerte, que si dicha prescripcion les causa un perjuicio, no tienen más que el recurso contra sus administradores negligentes, decision que se encuentra confirmada por el caso de la *longi temporis praescriptio* en que expresamente *(l)* se declara.

II. *Bonorum possessio.*

Es un principio evidente que el plazo de la *bonorum possessio* corre contra el impúbero *(m)*, el cual tiene sólo el recurso contra el tutor, y el beneficio de la restitucion.

El menor puede hacerse restituir contra la inobservancia del plazo *(n)*, de donde resulta que éste corre contra él. Ciertamente no se concibiría que, bajo esta relacion estuviese más favorecido que el impúbero.

Por el contrario, el plazo no corre contra el loco; de manera que el llamado despues de él, no obtiene la *bonorum possessio*, sino bajo caucion *(o)*.

No existe disposicion especial respecto del pródigo. Por consiguiente, el plazo corre contra él y no le queda más que el recurso contra su curador.

En cuanto á las personas jurídicas, por lo ménos el municipio, adquiere la *bonorum possessio*, áun sin necesidad de reclamacion, y por tanto, no cabe ni cuestion sobre su caducidad *(p)*.

(l) Paul. V, 2, § 4; L. 1, in f. C. de præscr. longi temp. (VII, 33).

(m) L. 7, § 2, de B. P. (XXXVII, 1). «Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet.» En tiempo de Papiniano este principio no se había reconocido todavía para todos los casos. L. 1, de B. P.. fur. (XXXVII, 3). Despues se admitieron algunas excepciones, pero de poca importancia, y el principio subsistió en la mayor parte de los casos. L. 18, C. de j. delib. (VI, 30).

(n) L. 2, C. si ut omissam (II, 40).

(o) L. 1, de B. P., fur. (XXXVII, 3); L. 1, § 5, de succ. ed. (XXXVIII. 9).

(p) L. 3, § 4, de B. P., (XXXVII, 1).

Resulta de lo expuesto que el estado permanente de estas diversas personas, no constituye un impedimento que dé lugar á la aplicacion del *utile tempus*. Hemos visto que en los casos más numerosos é importantes, el plazo no sufre modificacion alguna, y que si algunas veces no corren dichos plazos contra algunas de estas personas, es á causa de una especial excepcion que no debe considerarse como consecuencia natural del *utile tempus*.

Cuando, segun las reglas expuestas anteriormente, el *utile tempus* debe aplicarse, se descuentan del plazo los dias, durante los cuales ha existido el obstáculo, ó en otros términos, el plazo se prolonga por un número de dias igual al tiempo que ha durado el impedimento. Este resultado se verifica *ipso jure,* sin necesidad de restitucion alguna; y áun puede decirse que el *utile tempus* y la restitucion se excluyen mútuamente. Así, pues, el *utile tempus* hace inútil la restitucion, y por consiguiente imposible; y recíprocamente, cuando se concede la restitucion contra el fenecimiento de un plazo, podemos, desde luego, sentar la negacion de *utile tempus*. Pudiera dudarse de la verdad de esta proposicion, porque en el caso de ausencia, concede el edicto, entre otras cosas, la restitucion contra la prescripcion de las acciones al ausente mismo, cuyo derecho ha caducado por falta de ejercicio *(q)*, y aquél que no ha podido obrar á causa de la ausencia de su adversario *(r)*; luego si existe la proteccion del *utile tempues* en estos dos casos (§ 189), parece que *el utile tempus* puede concurrir con la restitucion. pero este pasaje del edicto debe aplicarse á los casos en que el tiempo era *continuum* y la restitucion necesaria. En los tiempos en que se redactaba el edicto, existían varias acciones de este género *(s)*, y citaré además el plazo de diez y ocho meses

---

(*q*) L. 1, § 1, ex quib. causis maj. (IV, 6): «Sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur.»

(*r*) L. 1, § 1, ex quib. c. maj. (IV, 6): «Item si quis... actione qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur...»

(*s*) Segun la L. Furia, el *sponsor* y el *fidepromissor* perdían su accion si no las ejercitaban en el plazo de dos años. Gayo, III, § 121.—El plazo de cinco años para interponer la querella de adulterio, se estableció por la ley Julia (L. 29, § 6, ad L. Jul. de adult.); de manera que pudo ser anterior á este edicto. Otro tanto puede decirse respecto de la querela inofficiosi.—No hay certeza respecto de la *longi temporis præscriptio,* porque no conocemos la fecha de su orígen.

establecido por la *ley Julia* para todos los *legitima judicia (t)*. En los casos del *continuum tempus* no era dudosa la aplicacion de la restitucion; resultando del exámen de las particulares circunstancias que entónces concurrían, que producía precisamente los mismos efectos que en los casos del *utile tempus*, tenían lugar por virtud de regla general, y efectivamente, se encuentra mencionada semejante restitucion en las fuentes del derecho *(u)*, sobre todo, respecto de los plazos de procedimiento. Los Romanos concedían la restitucion con la misma frecuencia que los tribunales modernos, con la diferencia de que se prohibía contra la prescripcion de 30 años, lo cual excluía naturalmente la restitucion por causa de ausencia *(v)*.

Síguese tratar ahora de la relacion que existe entre el *utile tempus* y la computacion civil. Varios autores han pretendido que esta computacion no se aplica nunca al *utile tempus*, sino sólo al *continuum (w)*; asercion que no tiene el menor fundamento. El *utile tempus* consiste en descontar del cálculo los dias en que ha existido imposibilidad de obrar; por tanto, ha de llegarse necesariamente á un último dia libre de todo impedimento, al cual no alcance la modificacion del *utile tempus*, pues si, en el dia que se creyera el último, apareciese el impedimento, habría que descontar del cálculo este dia; por lo cual ya no sería el último del plazo, carácter que correspondería entónces al primer dia que resultase libre del obstáculo; y una vez determinado este dia se presenta de igual modo la cuestion del término jurírico á que se refiere la computacion civil. Este dia puede ser de distinta manera considerado, segun la diferencia que exista entre las relaciones de derecho; pero es indudable que el descuento que en el plazo se hace no tiene influencia alguna sobre esta apreciacion. Ambas computaciones anor-

---

(t) Gayo, IV, § 104.

(u) L. 31, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5), «*æquum est* computationi quinquennii *eximi* id tempus, quod per postulationem præcedentem consumtum sit.» Estas palabras designan evidentemente la restitucion, admitida contra todas las prescripciones excepto contra la prescripcion de 30 años, y en su virtud, no puedo sostener la opinion de Haubold, p. 411 que considera este texto como una disposicion enteramente particular.

(v) L, 3, C, de præscr. XXX, (VII, 39).

(w) Löhr, p, 418, 419; Reinfelder, p. 16.

males son, pues, independientes una de otra, como se desprende de las anteriores consideraciones generales, cualquiera que sea la opinion que se adopte sobre la computacion civil; pero resulta áun más evidente si se tiene en cuenta lo que he dicho más arriba (§ 185, 186) sobre la computacion civil en materia de plazos. Allí he demostrado que el plazo termina á la conclusion del último dia, lo cual constituye una ventaja para el que debe intentar la accion; luego sería gran inconveniencia querer privarle de este beneficio, por la sola razon de que además se la haya concedido no incluir en dicho plazo los dias en que, sin culpa suya, ha estado imposibilitado de ejercitar su derecho.

§ CXCI.—VI.—*El tiempo.* 4. *Utile tempus.*—(Continuacion).

En los tiempos de Justiniano habían ya dejado en parte de ser aplicables los principios que acabo de exponer; ó, al ménos, habían perdido parte de su importancia. En varios casos se había sustituido al *utiles tempus* un *continuum tempus* más largo. Así, respecto á la *doli actio*, el *annus utilis* se había convertido en dos *anni continui (a)* y, lo que es más importante, en todas las restituciones un *quadriennium continuum* reemplazó al *annus civilis (b)*. Varios autores han creido que esta última disposicion se aplicaba á todos los casos del *utile tempus;* pero esta opinion debe abandonarse por muchos motivos (c). Desde luego, la ley sobre las restituciones no presenta en manera alguna este carácter de generalidad; además, la sustitucion de dos años al año de la *doli actio* está en contradiccion con esta doctrina; y, por último, semejante teoría sólo sería verosimil cuando la reduccion média del *utilis annus*, segun el número de dias consagrados entre los Romanos á la administracion de justicia, diese por resultado cuatro años; pero en realidad, esta reduccion limita el *utilis annus* á diez y ocho meses (§ 190). De lo dicho se desprende que la ley sobre las restituciones no intruduce una simple trasformacion, sino que da por re-

---

(a) L. 8, C. de dolo (II, 21), es decir. L. un. C. Th. de dolo (II, 15).
(b) L. 7, C. de temp. int. rest. (II, 53).
(c) Glück, t. III, § 269, a.

sultado una verdadera prolongacion del plazo; y aplicar esta prolongacion á toda clase de plazos sería un procedimiento tan arbitrario como irracional. Disminuyó tambien la importancia del *utile tempus* en materia de prescripcion por la introduccion, ya antigua, de acciones perpétuas (hoy de 30 años) al lado de varias acciones anuales, con los mismos efectos que éstas, aunque más restringidos *(d)*; semejantes acciones reemplazaron en la práctica las anuales y no hubo ya necesidad del cálculo del *utile tempus*. En cuanto á la *bonorun possessio* la aplicacion del *utile tempus* fué todavía más limitada, pues, segun la legislacion justiniánea sobre las sucesiones, rara vez habría necesidad de recurrir á esta manera especial de adquirir.

Mayores cambios se han verificado en la materia por el derecho de los tiempos modernos. Muchas acciones anuales del derecho romano han caido en desuso, ora por su carácter de mera policía, ora á causa de sus relaciones con el derecho penal, sentado hoy bajo nuevas bases. Por otra parte, y esto es lo más importante, la distincion entre los dias consagrados y los no consagrados á la administracion de justicia que era lo que entre los Romanos motivaba principalmente la aplicacion del *utile tempus*, no tiene entre nosotros la misma significacion (§ 189). Hoy el *utile tempus* sólo se aplica á un pequeño número de acciones y muy raras veces, limitándose principalmente á los casos en que la ausencia del demandante ó demandado impida el pronto ejercicio del derecho. Entre ellos, uno de los casos más frecuentes á que pudiera aplicarse sería, tratándose de las aciones edilicianas, cuando un comerciante forastero se ausenta despues de haber vendido una cosa cuyo vicio descubre el comprador, el cual tarde mucho tiempo en encontrar á dicho comerciante.

La doctrina que he intentado sentar sobre el *utile* y el *continuum tempus* se separa mucho de la adoptada generalmente por los autores *(e)*. Establecen éstos el principio de

---

(d) Asi, por ejemplo, la *in factum actio* al mismo tiempo que la *doli* y quod metus actio; de igual manera que esta existe al lado del *int. de vi*. Véase L. 1, pr. § 48; L. 3, § 1, de vi. (XLIII, 16).

(e) Citaré, como representantes de esta doctrina á Höpfner, § 666; Glück, t. III, § 269, a; Haubold, l. c. p. 405. Igualmente podría citar otros autores más modernos.

que cada uno de estos dos términos es susceptible de una doble signification, segun que se aplique á la falta de ejercicio ocurrida al *comienzo* ó *durante* el *trascurso* del plazo. De donde sacan cuatro combinaciones posibles y por vía de consecuencia cuatro reglas que han de abrazar necesariamente toda relacion de derecho en que se trate de un plazo.

1).—Utile tempus utraque ratione.
2).—Utile ratione initü, continuum ratione cursus.
3).—Continuum ratione initii, utile ratione cursus.
4).—Continuum utraque ratione.

Los autores referidos están de acuerdo sobre el fondo y sobre la forma de estos principios y sólo disienten respecto á la cuestion de saber si todas estas combinaciones, ó solamente algunas, se encuentran en las fuentes aplicacion á determinadas relaciones de derecho *(f)*.

Semejante fraseología es extraña á las fuentes; pero éste es su menor defecto, porque tal circunstancia sirve para exclarecer dudas y para motivar un detenido estudio *(g)*. Puede dirigírseles un reproche más grave, á saber, el de expresar una cosa enteramente distinta de las que se proponen sus autores. En efecto, si se toman sus palabras en el sentido propio sería preciso distinguir, por ejemplo, si el poseedor de un derecho estaba prisionero en el momento de la apertura de este derecho y había sido libre más tarde, ó recíprocamente; pero esta distincion no tendría fundamento alguno y nunca ha sido propuesta. En realidad, el sentido de estos autores es el siguiente. La falta de ejercicio puede referirse á un obstáculo exterior, tal como la cautividad, ó á la ignorancia en que el poseedor se encuentre respecto de su derecho. Ahora bien, como las fuentes del derecho, al apreciar las relaciones jurídicas, tienen en cuenta unas veces

---

(*f*) Thibaut, I, p. 97 (Braun Erörterungen, p. 151), pretende que el caso designado con el núm. 3 no se presenta en ninguna relacion de derecho.

(*g*) La cuestion de saber si en un caso determinado debe aplicarse el *utile* ó el *continuum tempus*, fué debatida frecuentemente por los antiguos jurisconsultos; pero estas palabras fueron siempre para ellos expresion de una idea simple, sin que hablasen nunca de un *semi-utile* ó de un *semi-continuum;* y no debe tomarse en este sentido la frase *ad aliquid* utiles: Véase § 189, *l* y *bb*.

ambas circunstancias, otras veces una sola de ellas, y alguna vez ni una ni otra, pueden formularse las cuatro combinaciones siguientes.

1.—Se toman en consideracion ambas circunstancias.

2. Se toma en consideracion la ignorancia pero no los obstáculos exteriores.

3. Se toman en consideracion los obstáculos exteriores, pero no la ignorancia.

4. No se tiene en cuenta ni una ni otra de estas circunstancias.

Tal es el verdadero pensamiento de nuestros autores y hé aquí como se explica la singularidad de su expresion. Cuando tiene lugar la ignorancia existe ésta, en *general*, al principio del plazo, y más tarde sucede á este estado el conocimiento del derecho. Pero semejante circunstancia sólo muy débilmente justifica la fraseología adoptada, pues evidentemente los obstáculos exteriores pueden presentarse igualmente al principio que durante el trascurso del plazo y nunca se ha atribuido á esta diferencia ninguna importancia práctica. Además, la ignorancia por sí misma está muy mal caracterizada como obstáculo que se presenta al principio del plazo, porque muy bien puede suceder lo contrario. Supongamos, por ejemplo, que muere un indivíduo; que no se le encuentra ningun testamento, y que el agnado mas próximo se halle presente; éste sabe al punto que le corresponde la *bonorum possessio unde legitimi*, y, por tanto, comienza inmediatamente á correr el plazo de los cien dias. Sigamos suponiendo que el agnado deja pasar sesenta dias sin hacer su reclamacion y, á este tiempo, engañado por un testamento falso, reconoce, durante un año, como heredero verdadero al heredero supuesto; el conocimiento del derecho queda entónces interrumpido por la ignorancia. Por último, se descubre la falsedad del testamento y el agnado sabe de nuevo que es llamado á la *bonorum possessio;* en este caso, de los cien dias del plazo han corrido ya sesenta, y no le quedan más que cuarenta para reclamar la posesion de bienes, puesto que á causa de su estado de ignorancia no se cuenta el año intermedio *(h)*. Luego carac-

(*h*) No es mi pensamiento particular el que aquí expongo, sino el de

terizar como un obstáculo *ratione initii* el obstáculo que resulta de la ignorancia es una designacion por demás impropia.

Por lo demás, esta crítica sólo se refiere á las expresiones técnicas generalmente adoptadas, y estoy persuadido de que todo partidario imparcial de la opinion dominante reconocerá su propio verdadero pensamiento en las expresiones que yo propongo; de modo que la diferencia sobre la forma no impedirá ciertamente el acuerdo sobre la sustancia del asunto. Pero estas ímpropias expresiones introducen una oscuridad grande en la materia, ocultan un error fundamental muy importante, cuya refutacion y discusion ha impedido siempre esta misma oscuridad. Examinando atentamente el asunto se encuentran, en efecto, en las fuentes, respecto de la *bonorum possessio*, decisiones demasiado explícitas para admitir una diferencia de opiníones; pues se consideran de igual modo la ignorancia del llamado y los obstáculos exteriores. En cuanto á la prescripcion de las acciones, la opinion que combato establece respecto á ellas la misma regla de la *bonorum possessio*; de manera que, salvo raras excepciones, se admite que la ignorancia del demandante sobre la existencia de su derecho da lugar á la aplicacion del *utile tempus*, de igual modo que en los casos de cautividad ó de ausencia del demandado; y este es el sentido que ha de suponerse cuando se establece como regla el tempus *omni ratione utile*, y como excepcion el continuum «ratione initii, utile ratione cursus,» expresiones técnicas que indudablemente han contribuido en gran manera para sostener esta doctrina desprovista de crítica *(i)*. No

---

Ulpiano. L. 2, pr. quis ordo (XXXVIII, 15): «Fieri autem potest, ut *qui initio scierit* vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic *incipiat nescire*, vel non posse admittere: scilicet si, cum initio cognovisset eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato *dubitare cœperit, nunquid testatus decesserit, vel nunquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat*. Idem in contrarium accipí potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat.» Este último caso es, sin duda, el más frecuente, pero no el único, como se ha creido; error sobre el cual se ha fundado la viciosa fraseología adoptada generalmente. Ulpiano dice expresamente que en uno y otro caso tiene lugar para la B. P. el *utile tempus*,

(i) El razonamiento ordinariamente empleado es el siguiente: cuando hay lugar al *utile tempus* debe admitírsele como *omni ratione utile*, á

tengo necesidad de añadir nada á los argumentos expuestos anteriormente (§ 190) en apoyo de una doctrina enteramente opuesta. Aquellos á quienes hayan convenido los citados argumentos deben rechazar la opinion que acabo de criticar.

Paso ahora á examinar una doctrina aislada, peculiar de un autor moderno (*k*), que establece una distincion entre el *dies* y los *anni utiles*. Para los *dies* adopta la misma interpretacion que le han dado la mayoría de los autores; pero sostiene que cuando el pretor dice *intra annum actione (ó bonorum possessionem) dabo*, estas expresiones significan: miéntras duran mis funciones; lo cual constituye un plazo más ó ménos largo, segun que el hecho productor de la accion ó el principio del inventario ocurra al principio ó al fin del año. Consiguientemente, los *menses utiles* de las acciones edilicianas deben entenderse de igual manera, segun este autor, porque los ediles ejercían alternativamente sus funciones durante dos meses.

Desde luego, y á primera vista, parece muy extraño que dos construcciones tan semejantes, *dies* y *annus utilis* tengan una significacion tan diferente, mucho más, cuando las expresiones técnicas *tempus utile* y *utilitas temporis* designan evidentemente idénticos objetos; pero además, ¿cómo admitir que al oponerse *intra annum* á *post annum* se haya de tomar el primer término en otro sentido que el segundo? ¿Tenía tampoco el pretor necesidad de declarar que él no ejercería las funciones de su cargo cuando hubiese expirado el término legal? Y si, para hacer comprender mejor esta doctrina, se hace una aplicacion á los casos particulares, habrá de reconocerse áun más insostenible. Supongamos un robo verificado el último mes de las funciones del pretor; el interesado sólo tendría entónces algunas

---

ménos de introducir en la ley una distincion arbitraria. Glück, t. III, p. 507: Haubold, l. c., p. 434; Göschen Vorlesungen, t. I, p. 583, 585. Respecto á las prescripciones cortas, en donde no es dudosa la aplicacion del *utile tempus*, se establece por esta razon la influencia de la ignorancia. Por otra parte, este axioma práctico es evidentemente una simple consecuencia de la doctrina del tempus *omni ratione utile*.

(*k*) Elvers. sobre el *annus utilis* de las *actiones honorariœ*, en Elvers Themis, neue Folge.
Gottingen, 1838, t. I, páginas 125-184.

semanas para ejercitar la *actio vi bonorum raptorum*, y hubiera sido buen cálculo no robar hasta el mes de Diciembre, puesto que la accion del lesionado había de prescribir en seguida. Siguiendo este sistema, un indivíduo que hubiese nacido en los últimos dias del año, al llegar á su mayor edad no dispondría más que de algunos dias para hacerse restituir. Si poco ántes del fin del año se abriese un testamento que instituyese por herederos á un hijo, á la madre del difunto y á un extraño, la madre y el hijo sólo hubieran tenido un pequeño número de dias para reclamar la *bonorum possessio* y el extranjero hubiera tenido ciento, cuando se dispuso expresamente que el plazo se había prolongado en favor de los hijos y de los ascendientes (*l*). Y no son éstos los únicos argumentos que se pueden oponer á esta doctrina (*m*).

§ CXCII. VI. *El tiempo.—5.—Dia intercalar.*

Fuentes:

L. 3, § 3, de minoribus (IV, 4). Ulpiano.

L. 2, de div. temp. præscr. (XLIV, 3). Marcelo.

L. 98, de V. S. (L. 16). Celso.

Censorino, de die natali, C. 20.

Macrobio, Saturnal. I, C. 13, 14.

Autores:

Breuning Diss. ad Celsum in L. 98. de V. S. Lips. 1757.

Majancio ad XXX Ictorum fragmenta. Genova 1764, t. I, p. 101-110.

Schneidt, de utilitate studii chronologici in jurisprudentia Wirceb., 1782.

Roch Belehrungen (Véase más arriba § 182).

Unterholzner, Verjahrungslehre 1, § 86.

(*l*) L. 1 12, de succ. ed. (XXXVIII, 9). «*Longius tempus parentibus* liberisque petendæ B, P, tribuitur, *in honorem sanguinis* videlicet.» En el caso propuesto, el plazo para estas personas hubiera sido *arctius tempus*.

(*m*) En Lindess Zitschr , t. XIV, 1-32, Arndts (Zur Legre vou der Zeitberechnung). se hace de esta doctrina una refutacion más detallada y completa que la que cabe en los límites de esta obra.

En todas las reglas, hasta aquí mencionadas, el año del calendario ha sido considerado como la suma exacta de los 365 dias del mismo calendario y éste ha sido el tipo para medir los años móviles. Pero como cada cuatro años se añade un dia intercalar á los 365, ha habido necesidad de introducir modificaciones positivas en el cálculo del tiempo móvil, para el caso en que el tiempo del calendario resulte con el aumento de uno ó de vários dias intercalares.

Antes de exponer estas modificaciones de una manera completa, necesitamos estudiar en sí misma la naturaleza del dia intercalar, tal como existe en nuestro sistema de cronología y entrar en detalles no incluidos en el resúmen histórico expuesto anteriormente (§ 179). Para la mayor seguridad en esta indagacion debemos comenzar refiriéndonos al antiguo año romano. En Roma, el mes de Febrero tenía, en los años ordinarios, 28 dias; el 23 se llamaba *Terminalia* y el 24 *Regifugium*; pero este estado normal cambiaba cada dos años. Se reducía entónces el mes de Febrero á 23 dias y entre el *Terminalia* y el *Regifugium* se insertaba un *mensis interkalaris*, compuesto de 22 ó 23 dias, á los cuales se añadían los cinco deducidos del mes de Febrero, á partir del Regifugium, sumando así el mes intercalar unas veces 27 y otras 28 dias. Por lo demás, era tratado como los otros meses, y tenían sus kalendas, sus nonas y sus idus, con iguales reglas para contar los dias. César suprimió este mes intercalar, demasiado incómodo (*a*) para los usos de la vida, y en su lugar estableció, entre los *Terminalia* y el *Regifugium*, un dia intercalar que se introducía cada cuatro años, cuyo dia no recibió ningun número de órden, ni influyó en la computacion ordinaria de los dias de Febrero, por más que á causa de la intercalacion los de éste se elevaban á 29.

Sobre este nuevo sistema, que todavía seguimos hoy, y sobre la relacion que tiene con el sistema anterior poseemos los testimonios precisos y nada equívocos de Macrobio y de Censorino (*b*). La tabla siguiente comprensiva de

---

(*a*) Suetonio, Julias, C, 40, «interkalario mense *sublato*.

(*b*) Macrobio, Saturn., I, C. 13. «Romani non confecto februario, sed *post vicesimum tertium diem ejus* interkalabant.» Esto se refiere al año antiguo. Respecto al año Juliano dice Macrobio, C. 14: «Statuit ut...

los siete últimos dias de Febrero en un año bisiesto demostrará con claridad la relacion entre la designacion romana y la nuestra:

DESIGNACION ROMANA.	DESIGNACION MODERNA.
VII. Ante Kal. Mart. (Terminalia).	23 de Febrero.
VI. Ante Kal. Mart. (posterior) (intercalaris). .	24 »
VI. Ante Kal. Mart. (prior) (Regifugium). . .	25 » (S. Matías) (c)
V. Ante Kal. Mart, ...	26 de Febrero.
IV. Ante Kal. Mart.	27 »
III Ante Kal. Mart.	28 »
Pridie Kal. Mart.	29 »

La repeticion del número de órden prueba que el dia intercalar de los Romanos era uno de los designados como *dies sextus*, y nadie ha suscitado cuestion sobre este punto; falta únicamente determinar cuál sea de ambos *sextus*. Las fuentes dicen expresamente que el dia intercalar es el *posterior* y no el *prior* (*d*); pero esta expresion se presta tambien al equívoco, porque se puede aplicar igualmente á la sucesion natural del tiempo que á la manera particular que tenían los Romanos de contar hácia atrás; y así, en el primer caso, el dia intercalar sería el 25 de Febrero, que es lo que creen varios autores modernos *(e)*, y en el segundo caso el 24. Esta última interpretacion, ya confirmada por las pa-

---

unum interkalarent diem, *eo scilicet mense ac loco* quo etiam apud veteres interkalabatur, id est *ante quinque ultimos februarii mensis dies*, idque bissextum censuit nominandum.»—Censorino, C, 20, dice de la antigua intercalacion: «In mense potissimum Februario, *inter Terminalia* et *Regifugium*, interkalatum est,» y más adelante, hablando de la nueva intercalacion: «ut... *ubi mensis quondam solebat. post Terminalia* interkalaretur, quod nunc bissextum vocatur.» En Mayans, l, c. p. 106 se encuentran indicaciones de muchos textos relativos á las kalendas y á los Idus interkalares.

(*c*) El nombre de Matías y la fiesta de este apóstol son siempre el 24 de Febrero del año ordinario y el 25 en el año bisiesto; pero otros dias del año han cambiado de nombre. Así, el 23 de Febrero, llamado otras veces Seremus, se llama Reinhard en los calendarios modernos.

(*d*) L. 3, § 3, de minor. (IV, 4), «et posterior dies Kalendarum intercalatur.»—L. 98, § 1, de V. S. (L. 16). «sed posterior dies intercalatur non prior.»

(*e*) Así, por ejemplo, Coccejí jus controversum, IV, 4, § 1. Koch, página 46 cita otros autores; pero él adopta la recta interpretacion.

labras de Ulpiano: posterior dies *kalendarum* (nota *(d)*, es decir, el dia más separado de las Kalendas siguiendo la computacion de los Romanos, resulta indudablemrnte leyendo á Macrobio y Censorino (nota *b)*; pues éstos declaran que la nueva intercalacion ha sustituido á la antigua y se coloca, como ella, despues de los *Terminalia* ó 23 de Febrero, motivo otras veces de la separacion de los cinco últimos dias del mes.

Sin embargo, la cuestion no está resuelta por completo, porque, áun reconociendo que el dia intercalar de los Romanos era el 24 de Febrero, varios autores pretenden que, con arreglo á nuestra manera de designar los dias del mes, el dia intercalar es actualmente el 29 de Febrero *(f)*; opinion que ofrece alguna verosimilitud, pues, ciertamente, si se comparan los calendarios impresos de un año ordinario y de otro bisiesto, no resulta más diferencia entre ellos que la insercion del 29 de Febrero, añadido al parecer; pero semejante opinion debe abandonarse en virtud de las siguientes consideraciones. El lugar asignado al dia intercalar nada tiene que ver con la forma adoptada por los Romanos para designar los dias del mes; de manera que de igual modo que han admitido un doble *sextus* hubieran podido admitir un doble *quintus* ó *septimus*. Luego si la designacion de los dias del mes no tuvo influencia sobre la colocacion del dia intercalar, la modificacion de esta designacion tampoco pudo tenerla posteriormente. Además, el lugar del dia intercalar debe considerarse fijado por el calendario Juliano, que es todavía el nuestro, y no por de Gregorio, que nada establece sobre esta materia. Mencionaré un hecho que confirma mi doctrina. El dia de San Matías, que en los años ordinarios es el 24 de Febrero, cae el 25 en las años bisiestos; de donde resulta, que si el dia intercalar hubiera sido el 25 de Febrero, no hubiera existido motivo alguno para retrasar el dia de San Matías *(f.*[1] *)*. Por otra parte, si se conside-

---

(f) Lauterbach (XLIV, 3, § 4; Voet, XLIV, 3, § 2; Cocceji. IV, 4, § 1; Schneidt, pág. 17, 22.—Koch, pág. 57, adopta la buena doctrina.

(f [1]*)* La cuestion de saber si la fiesta de San Matías debía celebrarse el 24 ó el 25 de Febrero fué controvertida en el siglo XII. El Papa Alejandro III decidió que no formando estos dias más que uno solo, cada iglesia podía seguir el uso que hubiese adoptado sobre este punto, y que

ra con cuánta lentitud é indecision se ha establecido nuestra manera de contar, no puede atribuírsele influencia sobre una modificacion de las reglas del derecho. En efecto, como quiera que la antigua y la nueva manera de designar los dias se mantuvieron concurrentemente durante varios siglos (§ 180), habría que admitir, siguiendo la opinion de mis adversarios, que los que fechaban por kalendas y por idus tuvieron un dia intercalar distinto del adoptado por los que siguieron el uso moderno: para los primeros, á los cuales sería preciso añadir tambien los que fechaban por los santos del calendario, este dia hubiera sido el 24 de Febrero, y para los segundos el 29. Ahora bien, semejante distincion es absurda y nadie pretenderá que haya existido nunca.

El único argumento especioso que existe en favor de mis adversarios lo constituye la pequeña dificultad que resulta de nuestra manera de contar los dias y de los errores á que puede dar lugar. Pero esta consideracion podría á lo más determinar al legislador á omitir el dia intercalar, para cuya supresion no tienen facultad los jurisconsultos; y áun el legislador no obraría cuerdamente al establecer esta innovacion; pues la fijeza y la uniformidad del calendario tienen más importancia que inconvenientes la dificultad señalada. Para triunfar de estos inconvenientes basta una ordinaria atencion; y si se tuviera un gran interés en destruirlos por completo, podía hacerse facilmente sin tocar al calendario reconocido durante más de 18 siglos. Bastaría conservar al mes de Febrero su número de 28 dias en los años bisiestos, designando el dia intercalar por el nombre de bisiesto sin expresar cantidad alguna; de manera que San Matías cayese siempre el 24 de Febrero. Este medio pondría claramente de manifiesto la realidad de las cosas y no atacaría á las partes esenciales del calendario que ninguna relacion tienen con el uso de designar los dias del mes por medio de una cantidad.

Paso ahora á ocuparme de la apreciacion jurídica del

---

la eleccion de uno ú otro dia no constituiría error alguno. En todo caso, el dia de la Vigilia debía preceder inmediatamente al de la fiesta. C. 14, X, de V, S. (V, 40).—Más tarde parece que se disiparon las dudas, porque en los calendarios impresos el dia de San Matías se fijó en el 25 de Febrero.

dia intercalar, respecto á cuyo punto todo lo que precede no es más que un preliminar. La intercalacion no se ha considerado nunca como un espacio de tiempo; y este es un principio que domina en toda esta materia y que existía ya respecto del antiguo calendario. Todo el mes intercalar se consideraba en este último como un solo instante colocado al fin del dia precedentente, el 23 de Fébrero; así resulta de un texto notable, la L. 98, § 1, 2, De N. S. (L. 16;)

§ 1. Cato putat, mensem intercalarem additicium esse, omnesque ejus dies pro momento temporis observat extremoque diei mensis Februarii attribuit Quintus Mucius.

§ 2. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo.

El parágrafo 1 no hace más que confirmar lo que acabo de decir y no tiene necesidad de ninguna explicacion (*g*); pero el parágrafo 2 ha ofrecido algunas dudas. En lugar de la leccion del manuscrito de Florencia, la cual he trascrito, la Vulgata pone generalmente, á lo que parece, XXIX. Esta es una pretendida correccion fundada en un motivo que indica la glosa (*h*). El *mensis intercalaris*, se dice, es el mes de Febrero de un año bisiesto, puesto que contiene el dia de este nombre; luego teniendo este mes 29 dias, debe leerse XXIX.

Cuando, más tarde, se descubrió el manuscrito de Florencia, se trató de justificar su leccion diciendo que no habiéndose contado el dia intercalar, el mes de Febrero de un año bisiesto no tenía, jurídicamente hablando, más que 28 dias (*i*). Pero esta esplicacion debe rechazarse de igual modo que la correccion de XXIX. Omito la cuestion de si bajo el imperio del calendario Juliano se ha llamado alguna vez *mensis intercalaris* al mes de Febrero de un año bisiesto, denominacion que no he visto en ninguna parte; pero se sabe que *mensis intercalaris ó intercalarius* designa ordinariamente el antiguo mes intercalar (*k*); y, áun admitiendo que

---

(*g*) La glosa hace esta observacion: «Cato et Quintus duo stulta dixerunt.» Lo que á esto sigue es todo confusion y error.

(*h*) Glossa in § cit., «*vigentinovem*. Alias Februarius habet tantum XXVIII. Así es que todos los antiguos intérpretes entienden el § 2 admitiendo la leccion de XXIX.

(*i*) Por ejemplo, Breuning, p. 11, 12; Schneidt. p. 17.

(*k*) Véanse los pasages de Suetonio (nota *a*) y los textos citados en Majans, p. 106.

esta expresion haya tenido ambas significaciones (*l*), es indudable, por lo ménos, que en nuestro texto del Digesto se trata del antiguo mes intercalar, tal como se designa en la frase precedente, pues no puede creerse que, con tan pocas líneas de intervalo, el jurisconsulto haya empleado, sin advertirlo, una palabra en dos acepciones tan diversas.

El parágrafo 2, por consiguiente, habla, como el parágrafo 1, del antiguo mes intercalar; y el número XXVIII le conviene perfectamente, pues, como anteriormente hemos visto, el mes intercalar tenía unas veces 27 y otras 28 dias, comprendiendo en él los cinco últimos tomados del mes de Febrero. Celso, que tocó este punto de pasada, tomó, sin duda, el número más elevado como el límite extremo del mes intercalar; es posible tambien que hubiese dicho XXVII vel XXVIII, y que los redactores del Digesto hubiesen abreviado este texto que, por otra parte, sólo figura en las Pandectas como enseñanza histórica, sin ninguna influencia sobre la práctica (*m*).

El principio expuexto, aplicado á la intercalacion del año Juliano, hace confundir este dia intercalar con el siguiente, y en virtud de esta ficcion legal ambos se consideran como un solo y único dia (*n*); los Romanos llamaron *bissextum* á la reunion de estos dos dias en uno (nota *b*). Síguese ahora determinar cómo se aplica esta regla establecida para el dia intercalar á las diversas relaciones del derecho.

§ CXCIII.—VI.—*El tiempo*. 5. *Dia intercalar*. (Continuacion)

El dia intercalar, en cuanto afecta las relaciones de derecho, puede ser considerado bajo un doble aspecto: 1.° Cuan-

---

(*l*) Esto es lo que pretente Budæus, notæ post. in Dig., in L. 98 de V. S. «Quare scire nos oportet, mensem intercalarem dici non modo eum qui intercalatur, sed etiam in quo intercalatur;» pero no aduce prueba alguna para justificar esta segunda significacion·

(*m*) Cuyacio en la L. cit., opp. t, VIII, p, 559 se manifiesta en el buen camino, porque refiere este pasage al antiguo mes intercalar; pero despues cae en una confusion, muy difícil de explicar en presencia del texto tan preciso de Macrobio.—Ideler, Cronología, II, p. 58, 59 es el primero que ha interpretado nuestro texto de una manera tan satisfactoria que, en los puntos esenciales, me he contentado con reproducir su interpretacion.

(*n*) L. 3, § 3, de minor. (IV, 4). «nam id biduum pro uno die habetur.»—

do se encuentra en el trascurso de un plazo. 2.° Cuando coincide con el principio ó el fin de un plazo ó con ambos términos á la vez.

El primer caso no presenta generalmente dificultad alguna. Cuando en el trascurso de un plazo se interponen uno ó varios dias intercalares el plazo resulta aumentado en la misma cantidad que representan, puesto que no se tienen en cuenta estos dias intercalares. Así, ántes de Justiniano, cuando comenzaba la usucapion de una cosa mueble en el mes de Enero de un año bisiesto, esta usucapion no se cumplía hasta el fin del trecentésimo sexagésimo sexto dia, lo cual causaba al poseedor un pequeño perjuicio. Así, tambien, la prescripcion de treinta años, en cuyo período están comprendidos siete ú ocho dias intercalares, no se cumple en el espacio de tiempo que arrojan treinta veces 365 dias, y el propietario tiene siete ú ocho dias más para hacer valer sus derechos. La regla anterior no ha sido controvertida y no ofrece dificultad alguna en su aplicacion, faltando únicamente saber cuales son los casos que se exceptúan de ella. En este punto, todo depende de la interpretacion del texto siguiente.

L. 2, de div. temp. præscr. (XLIV, 3). Marcelo.—In tempore constituto judicatis, an intercalaris dies proficere judicato, necne debeat, quæritur: item de tempore quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur: veluti si de usucapione sit quœstio, quœ tempore constituto expleri solet, aut de actionibus quœ certo tempore finiuntur, ut ædiliciæ pleræque *(a)* actiones. Et *(b)* si quis fundum ita vendiderit, ut nisi in diebus

---

L. 98, pr. de V. S. (L. 16), «nam id biduum pro uno die habetur.»—C. 14, X, de V. S., «qui duo quasi pro uno reputantur.»

(*a*) La palabra *plerœque* ha parecido sospechosa á Bynkershoek. obss. IV, 8, puesto que no sólo la mayor parte, sino la totalidad de las acciones edilicianas prescriben y por eso corrige *perœque*. Pero, en primer lugar, *plerœque* podía significar *varias ó diversas*, sin determinar oposicion con un número menor; de manera que sin expresar directamente la idea de *omnes* no la excluyese; además es posible que existiesen acciones edilicianas imprescriptibles que no conocemos. Véase Püttmann, opusc., p. 145.

(*b*) En lugar de *et*, Bynkershoek, L. c. propone duplicar la *s* que precede y leer *set*, lo cual apénas si puede llamarse una correccion, puesto que se trata de una simple duplicacion de letra. Repitiendo el mismo

triginta pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori *(c)*. Mihi contra videtur.

Hé aquí los puntos capitales de este texto. Primeramente se presenta la cuestion de dos casos, de los cuales sólo el segundo se resuelve textualmente, pero que esta decision debe aplicarse evidentemente al primero. Vienen despues otros dos casos sin solucion formal, pero, segun la construccion de la frase, deben ser resueltos como los anteriores. Preséntase más adelante un quinto caso sin relacion aparente con los que le preceden; y, por último, se condena en términos generales la doctrina puesta en cuestion y aplicada perentoriamente á uno de los casos del mismo texto.

Desde luego ocurre observar que no es propio que el mismo autor, despues de haber establecido una doctrina como verdadera (sine dubio), la condene en seguida formalmente. Para no imputar á Marcelo semejante contradiccion, pero aumentando, sin embargo, la dificultad, varios autores han pretendido que las palabras del final, *mihi contra videtur*, eran una nota por la cual Ulpiano rectifica á Marcelo *(d)*; pero semejante explicacion es inadmisible por varias razones: primera, porque para ello sería necesario ante todo probar la verdad del hecho; segunda, porque supone en los redactores del Digesto una falta de cuidado, que no debe imputárseles sin necesidad; y tercero, porque no nos da solucion satisfactoria de la dificultad. Otra opinion general, y muy antigua, es la de que, en los cuatro primeros casos, Marcelo ha establecido la regla, y en el quinto la excepcion. Para poner en armonía esta doctrina con el texto, se ha di-

---

procedimiento se obtendría Set et, correccion mucho ménos necesaria. Poco más adelante justifico en el texto la primera duplicacion.

(c) El manuscrito de Florencia escribe *proficietempori*, de donde se ha separado tempori duplicando la *t*. Pero puede admitirse tambien que se haya olvidado poner una *t* despues de la *p*, lo cual da *emptori*, leccion conforme con la de la Vulgata. Esta leccion es ciertamente preferible, porque proficit *tempori* es más forzado para expresar una prolongacion del plazo que *proficit emptori*, expresion que se aplica sin violencia á la ventaja que obtiene el comprador ganando un dia. Además, encontramos á primera vista la analogía con *proficere judicato*, expresion usada al principio del texto, en donde *proficere* se refiere igualmente á la persona. Véase Dirksen, Abhandlungen, I, 456.

(d) Merilio, obss. VII, 18; Schulting, jurispr. antejust, p. 553.

cho que *mihi contra videtur* se aplica únicamente á la última proposicion, *et si quis fundum*; y de esta manera se indica la diferencia práctica existente entre este último caso y los cuatro primeros. Esta opinion, que se remonta al tiempo de los glosadores, adquiere un nuevo grado de verosimilitud por la leccion *sed* (set, set et) (nota b), pues esta palabra establece, desde luego, una oposicion entre el quinto caso y los cuatro anteriores.

La anterior explicacion prepara la solucion de la dificultad, pero no da dicha solucion. No siendo los cinco casos enumerados más que ejemplos de género, queda siempre intacta la cuestion de saber en qué caso se aplica la regla, segun la cual no se tiene en cuenta el dia intercalar, y en qué casos se aplica la excepcion. Para resolverla, es necesario examinar separadamente cada uno de los casos enumerados.

1. *Tempus constitutum judicatis.*

Las XII Tablas concedían al deudor condenado un plazo de 30 dias para pagar (*e*), y esta disposicion estaba en completo vigor en tiempo de los jurisconsultos clásicos (*f*). Así, pues; el sentido de Marcelo es el siguiente: cuando en el plazo de los 30 dias interviene un dia intercalar, el plazo es realmente de 31 dias, porque el dia intercalar se confunde con el Regifugium que se sigue; en su consecuencia, el deudor gana un dia, *intercalaris dies proficit judicato.*

2. *Tempus quo lis perit.* No se trata aquí de una prescripcion, como se ha creido otras veces, sino del término fijado por la L. Julia para los *legitima judicia*; segun esta ley, cuando el *judex* no decidía en el plazo de 18 meses, el de-

---

(*e*) Aulo Gelio, XV, 3 y XX, 1, «*triginta dies justi sunto.*»

(*f*) Gayo, IV, § 78, «Bona autem veneunt... judicatorum post tempus quod eis *partim L. XII Tab.*, partim edicto Prætoris... tribuitur.» De aquí se desprende que probablemente el edicto había extendido á nuevas acciones el plazo de 30 dias de la ley de las XII Tablas; pero se ve tambien que la disposicion de esta ley estaba siempre en vigor. L. 4, § 5, de re jud. (XLII, 1) de Ulpiano: si,.. minorem diem statuerit judex *tempore legitimo,* repleatur *ex lege*. L. 7 eod. de Gayo: «constitutorum dierum spatium pro judicato, non contra judicatum, *per legem* constitutum est.» Esta misma disposicion, sin referencia á la *Lex* (las XII Tablas), se encuentra tambien en la L. 29, eod. y en la L. 16, § 1, de compens. (XVI, 2).

mandante perdía el pleito (*g*): Marcelo dice expresamente que el dia intercalar prolonga este plazo.

3. *Si de usucapione sit quœstio*. Sirviendo aquí de transicion la palabra *veluti* ofrece ésta alguna dificultad, pues parece significar que la usucapion es un ejemplo del *tempus quo lis perit*, lo cual es absolutamente imposible, pudiendo, todo lo más, apoyarse en la falsa doctrina, generalmente admitida en materia de prescripciones, doctrina enteramente extraña á los jurisconsultos romanos. Debe, pues, entenderse el *veluti* de esta manera y referirse más bien á *existimandum est*, en cuyo caso expresa que la misma decision se aplica tambien á la usucapion. Marcelo, pues, quiere decir: no es ménos cierto, tratándose de la usucapion, que el plazo de uno ó de dos años se aumenta con el dia intercalar.

4. *Aut (sit quœstio) de actionibus quœ certo tempore finiuntur*. El dia intercalar prolonga igualmente el tiempo de la prescripcion y Marcelo cita como ejemplo la mayor parte de las acciones edilicianas. Hago obervar que, respecto de estas acciones, la prescripcion es de dos meses, de seis meses y de un año (*h*).

(5) *Si quis fundum, etc*. Este es el caso de la *lex commissoria* respecto á una venta hecha con un plazo de 30 dias; en este caso el dia intercalar no prolonga el plazo.

Ahora bien, ¿cuál es el carácter general que distingue á los cuatro primeros casos del quinto, carácter que nos ha de servir para juzgar los demás casos no mencionados en el texto? Ordinariamente se establece como razon de la diferencia que en los cuatro primeros casos, el plazo se cuenta por años ó por meses y en el quinto caso por dias; y, efectivamente, en ciertas circunstancias se tiene en cuenta esta distincion (*i*). Pero una vez admitido el principio de que el dia intercalar queda fuera de la computacion del tiempo no hay razon para tenerlo en cuenta en un caso mejor que en otro. Además, existe un argumento decisivo contra esta opinion. Tanto en el primero, como en el quinto caso, está expresado

---

(*g*) Gayo, IV, § 104.
(*h*) L. 19, § 6; L. 28; L. 55, de ædil. ed. (XXI, 1.)
(*i*) Alciato, in L. 98, de V. S.; Lauterbach, XLIV, 3, § 4; Voecio XLIV, 3, § 2; Bynkershoek, obss. IV, 8; Glück, t. III, p. 526.

el plazo por dias y ambos son precisamente *triginta dies* (*k*).

Abandonada la distincion entre los años y los dias, sólo nos queda como diferencia que los cuatro primeros plazos han sido establecidos por una ley ó por un edicto y el quinto por un contrato, y tal es tambien la distincion capital aplicable á los demás casos que no menciona nuestro texto, distincion fundada en la misma naturaleza de las cosas. La ficcion en virtud de la cual no se cuenta el dia intercalar, descansa en una disposicion legislativa, y aun este mismo dia es una pura creacion de la ley. Así, cuando el legislador fija un plazo, debe suponerse que sus prescripciones están en armonía con las demás leyes, y por consiguiente, con la relativa al dia intercalar. Otro tanto puede decirse de los plazos fijados por el Juez, puesto que siendo éste un órgano de la autoridad pública, sus actos emanan de esta autoridad. Una vez que el principio expuesto se aplica á toda clase de plazos regulados por la ley ó por el Juez, el dia intercalar eleva á once dias el plazo de diez concedido para interponer la apelacion (*l*).

No sucede lo mismo pespecto á los plazos expresados en semanas, porque la semana es extraña al calendario (§ 180), y no tiene relacion alguna con el dia intercalar. El que fija un plazo en cierto número de semanas tiene en el pensamiento el dia correspondiente del mismo nombre (lunes, mártes, etc.); luego el dia intercalar no ejerce sobre este cálculo ninguna influencia.

Pero cuando el plazo de cierto número de dias resulta regulado por un contrato, la cuestion ofrece un carácter distinto y ha de resolverse indagando la probable intencion de las partes. Así, al convenir, por ejemplo, en un plazo de 30 dias, las partes han tenido en cuenta probablemente el espa-

---

(*k*) Bynkershoek rechaza esta aplicacion, fundándose en razones poco concluyentes. Cree que los 30 dias de las XII Tablas podían, de igual modo, considerarse colectivamente ó como un mes. Mas esta consideracion sería igualmente aplicable á los 30 dias del primer caso, y así no da explicacion alguna de la diferencia. Además, dice el mismo autor acaso se hubiese ya adoptado el otro plazo de dos meses; pero Gayo y Ulpiano reconocen formalmente la prescripcion de las XII Tablas, como el derecho vigente (nota *f*).

(*l*) Esta aplicacion se ha rechazado formalmente pero sin motivos bastantes. Glück, tomo III, pág. 526; Koch pág. 43.

cio de tiempo que importan 30 veces 24 horas, y nada nos autoriza á creer que hayan pensado en el dia intercalar y que conozcan las reglas del derecho sobre la computacion de este dia. Pero si, por el contrario, el plazo se ha expresado por años, habrán tenido presente la vuelta de un dia del calendario en un año futuro, y, por consecuencia, el plazo ha de resultar naturalmente aumentado nor el dia intercalar. De igual manera, tratándose de meses, la cláusula, se entiende siempre como expresando la vuelta del dia de la misma cantidad en el futuro mes (§ 181).

Debo advertir que la Glosa había ya enumerado las diversas explicaciones posibles, y, por consiguiente, tambien la verdadera, atribuida á Búlgaro y á Juan *(m)*.

§ CXCIV.—VI.—*El tiempo.* 5: *Dia intercalar.* (Continuacion).

Veamos ahora el resultado que ofrece el caso en que el dia intercalar coincida con el término de un plazo.

I. Si un plazo de un año comienza el 24 de Febrero de un año ordinario y el siguiente es bisiesto, el plazo espira el 25 de Febrero, es decir, el dia despues del bisiesto; lo cual, segun el calendario romano, puede expresarse de esta manera: el plazo que comienza el *Regifugium* termina el *Regifugium*, ó, segun nuestro calendario, el plazo que principia el dia de San Matías termina el dia de San Matías. En su consecuencia el individuo nacido el 24 de Febrero de 1775, ha sido mayor el 25 de Febrero de 1800 (*a*), á la hora y en el minuto correspondiente al momento de su nacimiento. La *usucapion* de una cosa mueble comenzada el 24 de Febrero de 1797, termina, en realidad, durante el trascurso del 25 de Febrero de 1800, pero, segun las reglas de la computacion civil, al comenzar el dia 25; y como quiera que este dia se identifica con el intercalar, al principio del dia intercalar mismo *(b)*. Para convencerse de la exactitud de este resul-

---

(m) La diferencia que existe entre los plazos establecidos por la ley y los convencionales ha sido reconocida por Cuyacio, de div. temp. præscript., C. 3 y por Schneidt, pág. 26.

(*a*) Asi lo expresa la L. 98, pr. de V. S. (L. 16): «quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bissextum Kalendis est, *priorem diem natalem habet.*»

(*b*) Unterholzner Verjährungslehre, I, pág. 280. Otro tanto puede de-

tado bastará traducir este lenguaje al lenguaje del calendario romano: la usucapion comenzada durante el trascurso del *Regifugium* termina á la conclusion de la hora *sexta noctis* de los *Terminalia*, precisamente como si el término del plazo cayese en un año ordinario; la presencia del dia intercalar no introduce modificacion alguna.

II. Si el plazo empieza el 25 de Febrero de un año bisiesto y concluye:

a) En un año ordinario, terminará el 24 de Febrero, dia de San Matías (*c*).

b) En otro año bisiesto, terminará el 25 de Febrero, dia de San Matías, puesto que ha comenzado en el dia de este santo (*d*).

Estas aplicaciones son evidentes y nunca se han puesto en duda; así es que las cito solamente para que sirvan de base á la decision del caso siguiente:

III. Si el plazo comienza en un dia intercalar, termina:

a) En un año ordinario, el 24 de Febrero, porque se estima que comienza el 25 de Febrero (indentificado con el dia intercalar); de manera que el caso se decide como el del número II, *a*.

b) En un año bisiesto, el 25 de Febrero, tambien por analogía con el caso referido en el número II, *b* (*e*).

---

cirse respecto á la capacidad de testar del que nació el 24 de Febrero de 1786. Koch, pág. 87, confunde todas estas cosas por consecuencia de su errónea doctrina sobre la *civilis computatio*.

(*c*) Ejemplo: la usucapion de una casa, *inter præsentes*, comenzado el 25 de Febrero de 1830, termina al comenzar el dia 24 de Febrero de 1810.

(*d*) Ejemplo: la usucapion de una casa, *inter absentes*, comenzada el 25 de Febrero de 1800, termina realmente el 25 de Febrero de 1820; pero en virtud de la computacion civil, concluye al empezar el 24 de Febrero.

(*e*) L. 98, pr. de V. S. (L. 16): «Cum bissextum Kalendis est: *nihil refert*, utrum priore aut posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est.» L. 3, § 3, de minor. (IV, 4): «Proinde et si bissexto natus est, *sive priore sive posteriore die*, Celsus scripsit *nihil referre*: nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies Kalendarum intercalatur.» Del *nihil referre* resulta que dos hombres nacidos, uno el 24 y otro el 25 de Febrero de un año bisiesto, se consideraran como nacidos en el mismo dia y su mayor edad comenzará el 25 de Febrero. Tal es, sin duda, el pensamiento expresado por Ulpiano en la cit. L. 3, § 3, pues la frase sobre el dia intercalar sigue inmediatamente á la referida anteriormente (§ 187) sobre el cálculo *ad momenta*.

Con lo dicho he demostrado la relacion del dia intercalar con la computacion civil.

El *utile tempus* no puede ofrecer, á este respecto, dificultad alguna. En efecto, este cálculo consiste en no contar en el plazo los dias en que haya existido imposibilidad de obrar; de manera que si este impedimento tiene lugar en un dia intercalar, no se cuenta este dia; pero como el *utile tempus* deja entónces de ejercer su ínfluencia, porque el dia intercalar habría siempre prolongado el plazo, resulta que, ora exista, ora no exista en este dia impedimento para obrar, el cálculo permanece el mismo.

Varios autores han pretendido que las reglas anteriores, ó al menos algunas de ellas, no eran aplicables al derecho actual, porque en nuestros calendarios impresos, el dia intercalar figura bajo una cantidad y, por consiguiente, se reconoce como un dia distinto *(f)*. He demostrado ya que esta circunstancia es indiferente y que la cantidad es un elemento extraño al calendario; pero hay en el fondo del pensamiento de estos autores la idea de que todo esto no es más que una de aquellas sutilezas romanas, de que debemos desembarazarnos. Sin embargo, estas reglas son, por el contrario, la consecuencia lógica de la intercalacion que hemos tomado de los Romanos y sin la cual no podríamos pasarnos, importando poco que se haga en Febrero ó en cualquier otro mes; y querer abandonar las reglas de derecho relativas al dia, intercalar no sería desprenderse de una sutileza sino favorecer la confusion. Siguiendo este sistema, el término de una prescripcion de 30 años no estaría determinada por el dia del calendario en que comienza; y en lugar de este cálculo, tan cómodo como exacto, sería preciso descontar siete ú ocho dias, porque, en realidad, el período de 30 veces 365 dias espira siete ú ocho dias antes que el fijado por el calendario. Ciertamente, cuando el dia intercalar cae al principio ó al fin de un plazo, no existiría esta diferencia; ¿pero que ganaríamos con la inconsecuencia de admitir, para estos últimos casos, una regla distinta que para los primeros?

(f) Westphal, Arten der Sachen, página 469 (; Glück, t, III páginas 526, 528.

Una legislacion moderna, al hacer aplicaciones particulares de las reglas que concuerdan con los principios generales aquí establecidos, ha reconocido la verdad de estos principios, derivados del antiguo derecho. El código prusiano dice respecto de la prescripcion de 30 años, por el no uso (I, 9, § 548): «los dias intercalares de los años bisiestos no modifican el tiempo de la prescripcion»; lo cual significa: el cumplimiento de la prescripcion está determinado por la fecha del dia en que comienza; los dias intercalares no hacen que termine siete ú ocho dias antes; ó, en otros términos: los dias intercalares quedan fuera de la computacion del tiempo. El § 549 añade: la prescripcion que comienza el 29 de Febrero de un año bisiesto termina siempre el último dia de Febrero, es decir, el 28, porque el trigésimo año no puede ser nunca bisiesto. Conforme á estos principios otro texto (II, 8, § 859) establece que una letra de cambio expedida, á varios años fecha, el 29 de Febrero de un año bisiesto, vence en un año ordinario el 28 de Febrero. Estas dos últimas disposiciones prueban claramente que, cuando se trata de un dia intercalar, la identidad del dia no está determinada por la cantidad de nuestros calendarios impresos, que es precisamente lo que resulta de las consideraciones que he expuesto hasta aquí.

En el código francés esta materia ha tomado un giro singular. El texto primitivo estaba concebido de la siguiente manera:

2260. La prescripcion se cuenta por dias y no por horas. Se adquiere cuando se cumple el último dia del término.

2261. En las prescripciones que se cumplen en un cierto número de dias, los dias complementarios se cuentan. En las que se cumplen por meses, el de fructidor comprende los dias complementarios.

No se trata aquí del dia intercalar: el art. 2261 habla de los cinco dias complementarios del calendario republicano (de 1793), que nada tienen de comun con el dia intercalar, puesto que aquellos servían para hacer concordar los 12 meses de 30 dias con el año de 365 dias, y el dia intercalar está destinado á hacer concordar el año de 365 dias, con el año solar. El calendario Gregoriano fué restablecido á partir del 1.° de Enero de 1806, en virtud de un senado-consulto; de manera que el art. 2261 no tenía ya objeto. La ley de

3 de Setiembre de 1807 dió al Código civil el nombre de código Napoleon y estableció al mismo tiempo varias modificaciones de detalle. Una de estas modificaciones fué la omision del art. 2261 *(g)*; mas para no cambiar la numeracion de los artículos, se tomó la segunda parte del art. 2260, convirtiéndolo en el art. 2261; de manera que el código no contiene disposicion alguna sobre el dia intercalar. Maleville, que escribía ántes de la modificacion de que acabo de hablar, cree que el antiguo art. 2261 es igualmente aplicable al dia intercalar, y de este modo se encontraba confirmada en Francia la opinion de varios autores que establecen una distincion sobre los años y los dias *(h)*. Sin embargo, reconocía que, segun graves autoridades, Dunod y Cujas, debe más bien hacerse distincion entre los plazos fijados por una ley y los que resultan de un contrato. Suprimido el antiguo artículo 2261, la opinion personal de Maleville no tiene apariencia alguna de fundamento, y el dia intercalar resulta sometido en Francia á las reglas establecidas más arriba para el derecho romano.

Debo tambien señalar la forma monstruosa que ha revestido la ley francesa en el reino de Italia, fundado por Napoleon. No se ha omitido como en Francia el art. 2261, sino que ha sido reemplazado por esta disposicion completamente diversa:

«Nelle prescrizioni le quali si compiono in un dato número di giorni, si computa qualenque *giorno feriato*. In quelle che si compiono a mesi, si riténgono *eguali tutti i mesi*, quantunque composti di numero diseguale di giorni.»

Este texto y principalmente el comentario que lo acompaña introduce en el *utile tempus*, la duracion del mes, la computacion civil y el dia intercalar una confusion tan extraordinaria que, hecho adrede, no hubiera podido contenerse en tan pequeño número de líneas *(i)*.

(g) Sirey, Jurisprudence de la cour de cassation, an 1807, Additions, páginas 350, 354.

(h) Maleville, t. IV, pág. 391 de la 2.ª ed. Esta edicion apareció en 1807, despues del restablecimiento del calendario gregoriano, pero ántes de la ley del 3 de Setiembre de 1807, la cual no podía preveerse. Un argumento en favor de esta opinion sería el de que conservase significacion práctica el art. 2261.

(i) Codice civile di Napoleone il grande col confronto delle leggi Ro-

§ CXCV.—VI.—*El Tiempo.*—6. *Tiempo inmemorial.* (Introduccion).

Böhmer, Jus Eccl., Prot. Lib. 2.—Tit. 26, § 35, 45.

Wernher, Obs. for., T. I, P. 4. Obs. 5 (era primitivamente una tésis Viteberg, 1718).

Kress, de Natura vetustatis. Helmstad, 1734.

Puffendorf, Observ. I, 151; y II, 54, 55.

Neller, Opuscula, t. II, P. 1. Colon., 1788. Op. II-V.

Thibaut, Besitz und Verjährung, pág. 178, 202.

F. G. F. com. de Ahlefeld-Laurvig, de præscriptione immemoraliale; Havniæ, 1721, en 8.°.

Unterholzner, Verjährungslehre, I, § 140, 150.

Pfeiffer, Practische Ausführungen, t. II, Hannover, 1828, páginas 3, 147.

P. H. I. Schelling, die Lehre von der unvordenklichen München, 1835.

Arndts, Beyträge. Bonn, 1837. N. III.

Hasta aquí he considerado el tiempo como una duracion determinada, y todas las reglas que he tratado de explicar tienen por objeto exclusivo la medida de esta duracion (§ 179). Ahora voy á ocuparme de una institucion muy diferente, en la cual el tiempo nos aparece sin límites ciertos, y en períodos que exceden en mucho á la duracion de la mayor parte de los plazos; carácter de generalidad que distingue á esta institucion de las demás fundadas en el tiempo. La usucapion, la prescripcion de las acciones, etc., se refieren á materias especiales del derecho y no pueden ser expuestas de una manera satisfactoria, sino en relacion con estas materias especiales; por esta causa sólo he debido ocuparme del elemento que constituye su base comun, á saber, el tiempo; pero la institucion de que voy á hablar ahora ofrece un carácter tan general y afecta á relaciones de derecho tan diversas que su completa exposicion ha de entrar necesariamente en la parte general del tratado.

---

mane (3 vol. Milano, 1809, 1810, 1811, en 16.°) tomo III, pág. 368. La obra sirve de texto en las universidades, con aprobacion de la direccion general de instruccion pública y del ministro de justicia.

Se dan á esta institucion diferentes denominaciones: tiempo inmemorial, posesion inmemorial, prescripcion inmemorial y tambien *immemoriale tempus, possessio* ó *præscriptio immemorialis.* El motivo que me ha determinado á preferir la primera denominacion resultará claramente de la exposicion misma del asunto. Las anteriores frases latinas, censurables en la forma, son exactas en el fondo, porque traducen fielmente las circunlocuciones de que se sirven las fuentes: *quod memoriam excedit* ó *cujus memoria non exstat.*

De lo anterior resulta que el tiempo inmemorial tiene, en cuanto á sus efectos, gran analogía con las diversas instituciones que se comprenden bajo el nombre aleman de *Ersitzung* (§ 171); pero cuando cualquiera de estas instituciones encuentra aplicacion excluye el tiempo inmemorial, cuyas condiciones son más difíciles de llenar. El tiempo inmemorial nos aparece desde luego como teniendo por objeto suplir la insuficiencia de ciertas instituciones, y bajo este sentido tenemos que determinar cuándo existe esta necesidad y de qué manera ha de satisfacerse. Esta necesidad puede presentarse cuando las condiciones de estas diversas instituciones faltan ó cuando se trata de materias á las cuales no son aplicables estas instituciones.

Pero antes de enumerar estos diferentes casos voy á hacer algunas consideraciones que exceden de la esfera del derecho privado. Existen, frecuentemente, en el dominio del derecho público, relaciones de derecho inciertas y dudosas, análogas á las que regulan tan beneficiosamente en el dominio del derecho privado la usucapion y la prescripcion de acciones, y cuya determinacion no es menos indispensable. Como en este punto no hay legislador que pueda intervenir, esta necesidad se ha abierto camino por sí misma, y así es que carecemos respecto á él de las prescripciones rigurosas que existen en materia del derecho privado. Despues de la revolucion de 1468 en Inglaterra, los hombres de buena fé pudieron, durante largo tiempo, preguntarse si era aquel un cámbio legítimo ó un hecho verificado por la fuerza; y si, volviendo victoriosos los Estuardos, no había de considerarse que sus derechos habían subsistido sin interrupcion alguna. Pero cuando la familia de los Estuardos se extinguió en la persona del Cardenal de York (en 1806), hacía largo

tiempo que Inglaterra y aun toda Europa habian reconocido que la casa de Brunswich se encontraba legítimamente en posesion del trono de Inglaterra. Es cierto que, en este caso, como en los demás del mismo género, nadie podría determinar el año en que la duda se convirtió en certidumbre; pero la condicion de este paso de duda á certidumbre tiene caracteres generales fáciles de determinar. Cuando la generacion presente y la que le ha precedido no han visto otro estado de cosas que el estado actual, es preciso reconocer que este estado se ha identificado completamente con las convicciones, los sentimientos y los intereses de la nacion, y entónces puede decirse que se ha cumplido lo que puede llamarse la prescripcion del derecho público. Y como quiera que este carácter es el que asignan precisamente los autores al tiempo inmemorial, he debido buscar su norma en el derecho público.

Este tipo nos pone igualmente en camino para determinar sus aplicaciones al derecho privado, en cuyo dominio existen varios derechos que no pertenecen inmediatamente á esta esfera y cuyo orígen se debe á la influencia del derecho público; de manera que nada está más conforme con la naturaleza de estos derechos que el referir su adquisicion á las reglas del derecho público. En su consecuencia, cuando se suscitan dudas sobre la adquisicion de un derecho de esta naturaleza, cuya solucion consista en el tiempo, no es á las instituciones del derecho privado á las que hemos de recurrir, sino á la prescripcion del derecho público definida más arriba. Tal es, en efecto, el punto de vista bajo el cual se considera en derecho privado el tiempo inmemorial que podemos desde luego definir de la siguiente manera: el tiempo inmemorial tiene por objeto suplir las instituciones del derecho privado en lo que respecta á ciertos derechos que, por su naturaleza y orígen, participan del derecho público. En las disposiciones de las fuentes sobre el tiempo inmemorial es donde hemos de buscar la prueba de la anterior definicion. Debemos, pues, estudiar con el mayor cuidado los textos del derecho romano, porque ellos forman la verdadera base de esta institucion y se engañaría quien creyera que se relacionan solamente por un lazo accidental. Todos los antiguos autores han profesado esta doctrina y los desenvolvimientos que el tiempo inmemorial ha recibido en

la práctica descansan evidentemente sobre los textos del derecho romano.

§ CXCVI.—VI. *El tiempo. 6. Tiempo inmemorial.—Derecho romano.*

En el derecho romano encontramos tres instituciones, en las cuales se subordina al tiempo inmemorial el orígen de una relacion de derecho; estas son, los caminos vecinales, las obras ejecutadas para dar salida á las aguas llovedizas, y las cañerías para la conduccion de agua *(a)*.

I. Caminos vecinales.—Se distinguen tres clases de caminos (*b*): los caminos públicos *(publicae viae)*, los caminos privados *(privatae)*, que dependen de una propiedad privada y los caminos vecinales (*vicinales*) *(c)*. En cuanto á estos últimos, hay que advertir que si están establecidos sobre un terreno público, tienen el carácter de *publicae viae*, y si existen en terrenos privados, por el concurso de varios propietarios *(d)*, se consideran entónces como caminos privados, pertenecientes en comun á estos diversos propieta-

---

(*a*) Podría pretenderse incluir en la misma categoría la naturaleza jurídica del tesoro. L. 31, § 1, de adqu. rer. dom. *(*XLI, 1*)*. «Thesaurus est *vetus* quædam depositio pecuniæ *cujus non exstat memoria.*» La expresion es la misma que la referente al tiempo inmemorial, pero el resultado es diferente, y bien considerado el asunto, hay que confesar que el derecho se aplica en cada uno de los casos á un órden diverso de hechos. Respecto al tesoro no se examina si tienen ó no recuerdo de él las dos últimas generaciones. Si, siguiendo una serie no interrumpida de trasmisiones, se puede conocer el propietario actual, cualquiera que sea la época á que haya que remontarse, no pueden tener aplicacion las prescripciones de la ley sobre el tesoro, las cuales sólo tienen efecto cuando la cosa puede ser considerada como sin dueño, por no existir propietario conocido cuyos derechos pudieran perjudicarse.

(*b*) L. 2, § 22, ne quid in loco publ. (XLIII, 8) (Ulpiano).

(*c*) L. 2, cit, «Vicinales sunt viæ, quæ in vicis sunt, vel quæ in vicos ducunt.» Acaso se pregunte por qué la ley habla solamente de los *vici* y no de otras comunidades mucho más importantes, como los municipios y las colonias. La razon es, indudablemente, porque respecto á ellas no podía dudarse que todos sus caminos fuesen *viæ publicæ.*

(*d*) En la L. 2, cit., observa Ulpiano que los gastos de sostenimientos hechos por los particulares, no prueban nada contra la naturaleza de una *publica via*, pues el sostenimiento de un camino público puede ser costeado por los que obtienen de él mayores ventajas. Ulpiano había dicho ántes que muchos atribuían á todos los caminos *vicinales* el carácter de públicos; pero no admite esta opinion sino salvando la distincion establecida en el texto.

rios, los cuales pueden prohibir su uso á los extraños. Sin embargo, los caminos establecidos en su orígen sobre propiedades privadas, se convierten en públicos cuando desde tiempo inmemorial han existido como tales caminos *(e)*, revistiendo desde entónces en derecho el carácter de *publicae via*. El tiempo inmemorial produce, por tanto, el efecto de atribuir al dominio público un camino privado, como si este camino hubiera sido hecho por el Estado y sobre el terreno del Estado. Por consiguiente, no es en este caso la propiedad privada, lo que sirve de base al establecimiento del derecho, y así, este derecho no es un derecho privado. Este principio podría aplicarse al derecho actual, por mas que la rama de la administracion que á él se refiere, no esté en manera alguna organizada, como lo estaba entre los romanos.

II: Obras ejecutadas para dar salida á las agua llovedizas.—Los perjuicios que las aguas llovedizas pueden causar en los inmuebles *(f)* han dado lugar á una institucion muy antigua, que descansa sobre el principio siguiente: nadie puede modificar el estado normal de su terreno de manera que aumente ó disminuya la corriente de las aguas llovedizas en perjuicio de una propiedad vecina *(g)*.

¿En qué consiste este estado normal? En la configuracion natural del terreno *(h)* que procura al propietario del fundo superior la ventaja de hacer correr sebre los fundos inferiores las aguas pluviales no absorvidas por el suelo, ventaja compensada para los propietarios de estos fundos por la fertilizacion que de dicho desagüe resulta *(i)*. Consiste

---

(e) L. 3, pr. de locis et itin. publ. (XLIII, 7) (Ulpiano). «Viæ vicinales, *quæ ex agris privatorum collatis factæ sunt* (y que por tanto, segun el texto precedente, deberian ser *privatæ*), *quarum memoria non exstat*, publicarum viarum numero sunt.»

(f) No se trata aquí de los perjuicios en sí mismos ni de los medios de sustraerse á ellos; no se habla de los beneficios que puedan obtenerse de las aquas llovedizas para la agricultura y que un vecino pudiera disminuir, pues no tenemos ningun derecho á estos beneficios. L. 1, § 11, 12, 21, de aqua pluv. (XXXIX, 3).

(g) L. 1, § 1, 10, 13, de agua pluv. (XXXIX, 3); L. 11, § 6, eod. (en la primera mitad). V. Ciceron, Top. C. 9.

(h) L. 1, § 1, 13, 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3), «agri naturam esse servandam.» L. 2; pr. eod. «natura loci.»

(i) L. 1, § 22, de aqua pluv. (XXXIX, 3), «hanc esse *servitutem* in-

además este estado en los trabajos de arte, tales como diques, zanjas, etc., obras que tienen desde su orígen el mismo carácter de inviolabilidad que la configuracion natural del suelo. Estas obras pueden ser autorizadas, al fundarse una poblacion, por el magistrado encargado de esta fundacion, es decir, en virtud de la *lex colonica*. Despues de la fundacion, ya no pueden ser autorizados por los magistrados municipales y se necesita la intervencion de la autoridad suprema, á saber, el emperador ó el senado (*k*). Cuando no puede ser justificado el orígen de semejantes obras, el propietario tiene el derecho de reclamar su destruccion, es decir, el restablecimiento del estado anterior (*l*). Sin embargo, si las obras existen desde tiempo inmemorial, ó, en otros términos, si la generacion presente y la que la ha precedido han visto siempre subsistentes aquellas obras (*m*), esta antigüedad equivale á una *lex*, y las obras se reputan existir legítimamente (*n*). Despréndese de lo dicho que la inviolabilidad del estado normal depende de tres causas diferentes, á saber: *lex* (*publica auctoritas*), *vetustas* (*quœ pro lege habetur*), y por último, la *natura loci* (*o*). La *vetustas*, es decir, el tiempo inmemorial (*p*), no hace más que suplir

feriorum prædiorum.» L. 1, § 23, eod. «et semper inferiorem superiori. *servire.*» L. 2, pr. eod.; «per quæ inferior locus superiori. Estos son términos figurados de que se sirve para expresar su pensamiento; pero, en realidad, no hay en los casos citados servidumbre alguna ni cosa que se le parezca, como, por ejemplo, una *servitus non jure constituta, sed tuitione.*

(*k*) L. 1, § 23; L. 2, pr. de aqua pluv. (XXXIX, 3), «lex.» L, 23, pr. eod. «Principis aut Senatus jussi, aut ab his qui primi agros constituerunt, opus factum.»—L. 2, § 3. eod. «publica auctoritate facta.»—L. 2, § 7, eod. «fossam jure factam,»

(*l*) Excepto el que hubiese tenido conocimiento de los trabajos y los hubiera dejado ejecutar, porque su silencio equivale entónces al consentimiento. L. 19, 20, de aqua pluv. (XXXIX, 3).

(*m*) Así resulta de la L. 2, § 8, de aqua pluv. (XXXIX, 3) y de la L. 28, de prob. (XXII, 3). Volveré á hablar de esta disposicion cuando trate de la práctica del derecho en esta materia.

(*n*) L. 1, § 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3); «vetustatem vicem legis tenere.»—L. 2, pr. eod.; «vetustas, quæ semper pro lege habetur.»

(*o*) L. 1, § 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3); L. 2, pr. eod.: «In summa tria sunt, per quæ inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas.»

(*p*) La palabra *vetustas* empleada en la L. 2, pr. de aqua pluv. (XXXIX, 3), se explica de la siguiente manera en el § 1: «nec memoriam exstare quando facta est.» La L. 2, § 3, eod., reune ambas expresiones: «quorum memoriam vetustas excedit.» (Véase además la L. 2, § 7; L. 23,

á la *lex* ó á la *publica autoritas*, y tiene la misma eficácia que ellas cuando la *lex* ha caido en desuso ó no ha existido nunca.

Resulta, pues, que el tiempo inmemorial produce en esta materia los mismos efectos que en la de los caminos públicos.

No existe en este punto posesion ni derecho privado adquirido; la antigüedad es únicamente la que sirve para legitimar un estado de cosas que es, en realidad, de derecho público, y toda persona interesada tiene accion para reclamar la inviolabilidad de este estado. Como no se trata de un derecho privado, no es aplicable la prescripcion; pero como al mismo tiempo existe la misma necesidad que origina la prescripcion (*q*), se satisface de igual manera; sólo que el tiempo exigido es más largo y está ménos rigurosamente determinado. Bajo otro aspecto, el derecho privado permite á los particulares obtener para sus inmuebles una proteccion semejante, y aún más poderosa, por medio de las servidumbres. Así, cuando se establece una servidumbre por contrato (*cessio*), por testamento ó por el uso, ha de regirse por los principios especiales de esta materia, los cuales prevalecen sobre las reglas generales de que acabo de hablar, de igual manera que en otro respecto prevalecen sobre la propiedad de un fundo *(r)*. Acaso se objete que segun esto, la servidumbre, institucion del derecho privado, llega á sobreponerse al *jus públicum*, lo cual es contradicto-

---

§ 2, eod.); por tanto, no cabe duda de que son sinónimas.—Esta locucion sólo tiene una relacion indirecta con la de varios textos mucho ménos antiguos, en que *vetustas* designa un lapso de 40 años. L. 2, C. Th. de longi temp. prœscr. *(*IV, 13*)*, «annorum XL. quam vetustatem leges ac jura nuncupare voluerunt.» La L. 7, C. de fundis rei priv. (XI, 65*)* dice en el mismo sentido: «excepto vetustatis auxilio;» lo cual es una interpslacion de la L. 14, C. de fundis patrim. (XI, 61) relativa á la prescripcion de 40 años, porque estas palabras no se encuentran en el original. (Nov. Theod., tit. 28*)*. En el § 199 hablaré del valor de esta segunda locucion aplicada al tiempo inmemorial.

(q) L. 2. pr. de aqua pluv. (XXXIX, 3): «minuendarum Scilicet litium causa;» de igual manera que en la L. 1, de usurp. (XLI, 3*)* se lee: «ne... diu et fere semper incertam dominia essent.» Véase Gayo, II, § 44.

(r) Las L. 2, § 10, y 1, § 17, 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3) hablan de las relaciones y diferencias de nuestro principio con las servidumbres y del concurso posible de una servidumbre verdadera, en cuyo caso la servidumbre debe siempre prevalecer.

rio con el principio establecido en el § 16. Pero la servidumbre sólo tiene efecto entre dos inmuebles; y si bien es cierto que puede despojar á uno de ellos de los beneficios provenientes del estado normal, y acaso tambien de las obras públicas que son *juris publici*, sin embargo, no ataca el carácter general de estas obras, consideradas como medidas de justicia, ni los beneficios que de otros inmuebles pudieran obtenerse (*s*).

Estos principios no podrían aplicarse literalmente al derecho actual porque no tenemos, como los Romanos, magistrados encargados especialmente de la fundacion de ciudades, ni los poderes supremos del Estado, el Senado y el Emperador, dictan hoy reglamentos de esta naturaleza. Pero puede obrarse conforme al espíritu de estos principios, pues ciertamente existen magistrados encargados de velar por los intereses de este género, y, en los casos dudosos, el estado de cosas existente desde tiempo inmemorial podria servir de prueba para sus decisiones.

§ CXCVII.—VI. *El tiempo.* 6. *Tiempo inmemorial. Derecho romano.* (Continuacion).

III. Cañerías para la conduccion de aguas.

Los dos textos que siguen nos dan á conocer un derecho de sacar aqua, fundado en una posesion inmemorial.

L. 3, § 4, de aqua quot. (XLIII, 20) (Pomponio).—Ductus aquœ, cujus origo memoriam excessi, jure constituti loco habetur.

L. 26. de aqua pluv. (XXXIX, 3) (Escévola),—Scævola respondit, solere eos qui juri dicundo præsunt, tueri ductus aquœ, quibus auctoritate vetustas daret, tametsi jus non probaretur.

(*s*) Un caso semejante es el de la constitucion de una servidumbre *altius non tollendi* contraria á las leyes sobre la altura de los edificios. Por lo demás, sólo hablo de la forma pura y primitiva de la *actio aquœ pluviœ*. Diversas extensionos propuestas por vía de analogía han dado lugar á controversias en que la palabra *vetustas* suscita nuevas dificultades, como, por ejemplo, respecto á la L. 2, § 4, 5, 7, de aq. pluv. (XXXIX, 3). La discusion de estas cuestiones me llevaría léjos de mi propósito, y remito al lector á la parte especial del tratado consagrada á esta accion.

Este es el caso más difícil que presenta la materia del tiempo inmemorial y tambien el de mayor importancia por la frecuente aplicacion que hacen los tribunales de la regla expuesta en los anteriores textos. Con el fin de esclarecer completamente la cuestion, preciso es tener en cuenta ciertos antecedentes.

Desde muy antiguo vemos, respecto de la propiedad, una *longi temporis præscriptio* establecida contra la reivindicacion; pero *longum tempus* no desígna aquí un tiempo indeterminado, sino una duracion de diez ó veinte años, segun la distincion entre la *præsentia y la absentia* (*a*). Es posible que en su orígen la duracion de este plazo hubiera sido ilimitada y estuviese abandonada, por consiguiente, á la decision de los magistrados, y que posteriormente hubiesen fijado este plazo las constituciones imperiales; pero es más verosimil que el plazo hubiera sido limitado desde el principio, y que en éste, como en otros casos, las constituciones imperiales no hayan hecho más que confirmar el derecho que estaba ya en vigor *(b)*.

Antiguamente podían adquirirse las servidumbres por la usucapion, es decir, por una posesion de uno ó de dos años. La *lex Scribonia* derogó esta manera de adquirir *(c)*; pero, como evidentemente había necesidad en la práctica de recurrir al tiempo para fijar las relaciones dudosas del derecho en materia de servidumbres, hubo de admitirse, por analogía con la *longi temporis præscriptio*, un principio que los antiguos jurisconsultos establecen ya como cierto. Aquél que durante un *longum tempus*, es decir, diez ó veinte años, usa de una servidumbre *(d)*, es considerado como si efecti-

---

(*a*) Paulo, V, 2, § 3, y V, 5, A, § 8; L. 7, C. quibus non objicitur (VII, 35); L. 11, 12, C. de præser longi temp. (VII, 33).—La L. 1, C. de præser., l. t. (VII, 33), de Severo, implica evidentemente el mismo principio, sobre todo cuando se la relaciona con los textos de Paulo.

(*b*) L. 76, § 1, de contr. empt. (XVIII, 1 (Paulo) «longœ possesionis prœscriptione, si... impleat tempora constitutionibus statuta.»—Los textos siguientes suponen ya un tiempo determinado: L. 54, de evic. (XXI, 2) (Gayo); L. 13, § 1, de jurejur. (XII, 2) (Ulp. y Juliano); L. 21. de usurp. (XLI, 3) (Javoleno); L. 14, pro enet. (XLI, 4) (Scevola, con la distincion de *præsens* y *absens*.)

(*c*) L. 4, § 29, de usurp. XLI, 3).

(*d*) L. 10, pr. si serv. (VIII, 5). «Diuturno usu et *longa quassi possessione.*» Más adelante se lee: per annos *forte tot;* estas palabras se refie-

vamente hubiese adquirido el derecho de ejercitar esta servidumbre *(e)*; y no solamente se le concede uua *temporalis præscriptio* contra la accion del propietario, sino que él mismo puede intentar tambien una accion direçta *(f)*. En vez del título positivo necesario para la usucapion y la *longi temporis præscriptio* se le exige un título negativo; es preciso que en su orígen la posesion no haya sido el resultado de la violencia, ni tenga el carácter de clandestina ni de precaria *(g)*. Este principio se aplica ciertamente á todas las servidumbres prediales y lo vemos expresamente reconocido respecto á la servidumbre *altius tollendi (h)*, respecto á las aguas

---

ren al número determinado de años que en cada caso debe declararse y ser justificado, número que puede variar mucho, pero que no debe nunca ser menor de 10 (ó 20) años.—L. 1, C. de serv. (III, 34, «*longi temporis* consuetudinem.»—L. 2, C. eod. «*exemplo rerum immobilium tempore quæsisti*. Quod si ante id spatium» etc. Este rescripto se expidió indudablemente para una provincia y sabemos que respecto á los inmuebles de as provincias, la *l. t. præscriptio* reemplazaba á la usucapion. La perífrasis *exemplo ser. immob.* designa la prescripcion de 10 ó de 20 años, como evidentemente se desprende de la repeticion *id* spatium.—L. 5, § 3, de itin. (XLIII, 19), «velut *longi temporis* possessionis prœrogativan» (*el velut* se refiere á la simple *quasi* possessio en materias de servidumbres).—L. 1, § 23, de aqua (XXXIX, 3), «et in servitutibus..... qui *diu* usus est servitute.... habuisse *longa* consuetudine.» La comparacion de estos diferentes textos destruye toda incertidumbre sobre el sentido de estas expresiones que podría parecer dudoso si se encontrasen aisladas. Podría objetarse la L. 10, § 1, de usurp. (XLI, 3), «hoc jure utimur, ut servitutes per se *nusquam longo tempore capi* possint.» Pero esto no es más que la interpolacion inútil y frecuentemente repetida de *longo tempore capi*, sustituyendo á *usucapi* siempre que se trata de inmuebles.

(*e*) L. 1, C. de serv. (III, 34), «*vicem servitutis* obtinere.»—L. 1, § 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3): habuisse longa consuetudine *velut* jure impositam servitutem videatur.»

(*f*) L. 10, pr. si serv. (VII, 5), sed utilem habet actionem.»

(*g*) L. 10, pr. si serv. (VIII. 5), «non vi, non clam, non precario.» De igual manera en la L. 1, C. de serv. (III, 34): «nec vi, nec clam, nec. precario.» L. 1, § 23, de aqua pluv. (XXXIX, 3): «neque vi, neque precario, neque clam.»—Tal es tambien el sentido de la L. 2, C. si serv. (III, 34): «Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti,» etc., es decir, «si tu has establecido la cañeria tal como la reclamas, sabiéndolo *Martialis*.» El *eo sciente* está formado de la exposicion de hechos y reproducido como condicion para el juicio, pues una vez justificado este particular necesariamente ha de resultar la ausencia del *vi, clam* y *precario*. Es un error el de varios autores que, fundándose en este texto, hacen de la *sctientia* una condicion absoluta para el establecimiento de una servidumbre.

(*h*) L. 2, C. de serv. (III, 34). El demandante se opone á la construccion y el demandado (is qui pulsatur) figura como habiendo adquiri-

conducidas por cañerías *(i)* y los caminos *(k)*. En cuanto á las servidumbres personales, pasageras por su naturaleza, la aplicacion del principio es más rara y ménos importante; sin embargo, no puede dudarse que se haya hecho dicha aplicacion *(l)*.

Hé aquí ahora el fundamento de la dificultad que hasta nuestros dias ha ofrecido tan gran interés práctico. Segun los textos transcritos al principio de este parágrafo, es preciso un tiempo inmemorial para adquirir el derecho á una cañería de agua; segun los otros textos que despues se han citado las servidumbres, y por consiguiente tambien la relativa á aguas conducidas por cañería, pueden adquirirse por diez y veinte años, es decir, en un tiempo mucho más corto. Trátase, pues, de explicar esta aparente contradiccion *(m)* que, desde hace varios siglos, ha ocupado á los jurisconsultos; y ánte todo voy á pasar revista á las diversas soluciones propuestas para probar que son en gran parte insuficientes.

Mencionaré primero las que quitan al tiempo inmemorial todo el interés práctico en materia de servidumbres. Cuyacio (*n*) dice que el *longum tempus* confiere una *utilis actio* y el tiempo inmemorial una *directa*. Esta distincion carece de influencia práctica y en teoría está desporvista de todo fundamento. Es cierto que se distingue la servitus *jure* (civili)

---

do la servidumbre por prescripcion. Trátase, pues de una servidumbre *altius tollendi* y no altius *non* tollendi.

(*i*) L. 10, pr. si serv. (VIII, 50); L. 2, C. de serv. (III. 34).

(*k*) L. 5, § 3, de itin. (XLIII, 19).

(*l*) Esta falta de interés nos explica la razon de no encontrar sobre este asunto sino una mencion fugitiva y sólo en una ley de Justiniano; L. 12, in f. C. de prœscr. long. temp. (VII, 33): «Eodem observando, et si res non soli sint sed incorporales, quœ in jure consistunt, *veluti ususfructus, et ceteræ servitutes*.»

(*m*) Podría decirse que en ello no hay contradiccion alguna, porque la mencion del tiempo inmemorial no implica absolutamente la insuficiencia de los diez años (Braun, Zusætze zu Thibaut p. 895). Pero el que creyera que basta una posesion de diez años para establecer una servidumbre, no tendría perdon si para expresar esta idea, presentase el establecimiento de la servidumbre como consecuencia de una posesion inmemorial. Aquí tiene lugar mejor que en parte alguna el argumento *á contrario*

(*n*) Cuyacio, Observ. XVIII, 28. Schelling, p. 16, reproduce la opinion de Cuyacio.

constituta y la *per tuitionem prœtoris* (*o*); pero esta última designacion es aplicable precisamente al tiempo inmemorial (*p*), y no podría concebirse que una cosa tan indeterminada como la *vetustas* haya constituido, al igual de la usucapion, un derecho riguroso, segun el *jus civile*. Unterholzner entiende por *ductus aquœ*, en los dos textos de Pomponio y de Escévola, las zanjas abiertas para la corriente de las aguas llovedizas, y de esta manera aplica los citados textos, no á las cañerías para la conduccion de aguas, sino á la *actio aquae pluviae*, en donde la influencia de la *vetustas* no es, en manera alguna, dudosa (*q*). Pero en los numerosos textos en que se encuentran las frases *aquea ductus* y *aquam ducere* significan éstas siempre conduccion de aguas para un uso determinado; el desagüe de las llovedizas se expresa por *abducere*. Citaré como ejemplo la servitus stillicidii *avertendi*; para designar las zanjas de desagüe, emplean las fuentes expresiones muy diferentes (*r*).

Las soluciones de que ahora voy á hablar tienen de comun que exigen para la adquisicion de las servidumbres, segun los casos, unas veces 10 años, otras 20, y otras un tiempo inmemorial, lo que da á esta última institucion una gran importancia en esta materia.

a). Un autor cree que bastan 10 ó 20 años cuando la posesion ha comenzado *nec vi, nec clam, nec precario*, y que, no siendo así, se necesita un tiempo inmemorial (*s*). Esta doctrina es completamente inadmisible, porque la posesion inmemorial implica un orígen desconocido, y cuando se declara violenta, clandestina ó precaria se supone el conocimiento de este orígen.

b). Otros creen que bastan 10 ó 20 años cuando la posesion descansa sebre un título, como, por ejemplo, un contrato de venta, y que cuando tiene otro orígen se necesita el

---

(*o*) L. 1, pr. quib. mod. usufr. (VII, 4); L. 1. § 2, de S. P. R. (VIII, 3); L. 2, comm. præd. (VIII, 4); L. 11, § 1, de public. (VI, 2), y en varios otros textos.

(*p*) Así se vé en los dos textos citados literalmente al principio de este párrafo.

(*q*) Unterholzner, § 142.

(*r*) L. 2, § 1, de aqua pluv. (XXXIX, 3), «fossa vetus... agrorum siccandorum causa;» de igual manera la L. 2, § 2, 4, 7; L. 1, § 23, eod.

(*s*) Donelo, XI, 11, § 17.

tiempo inmemorial *(t)*; doctrina igualmente inadmisibe, porque los textos citados anteriormente, relativos á la adquisicion de las servidumbres por la *longi temporis possessio*, no hablan del título, sino que exigen para el orígen de la posesion condiciones completamente diversas *nec vi, nec clam*, etcétera), las cuales no pueden racionalmente exigirse en concurrencia con el título.

c. Hé aquí otra opinion más especiosa y que ha sido adoptada con más frecuencia que ninguna por los tribunales. Para una *continua servitus* (por ejemplo *tigni (immittendi)* bastan 10 ó 20 años; para una servidumbre *discontinua* (por ejemplo, *via*) se necesita un tiempo inmemorial *(u)*. Se comprenderá el alcance de esta opinion si se considera que las dos servidumbres prediales más importantes como son el derecho de pastos y el de cortar árboles, son *discontinuae*; de manera que el tiempo inmemorial se aplicaría con más frecuencia que la posesion de 10 ó de 20 años y respecto á los más graves intereses. Si relacionamos esta opinion con los testimonios de las fuentes, pronto hemos de reconocer que es insostenible. Los dos textos trascritos al principio de este §, relativos al tiempo inmemorial, hablan de el *aquaeductus*, como tambien dos de los textos que declaran insuficiente la *longa possessio* (nota *i*). Luego siendo la conduccion de aguas unas veces *continua*, cuando se trata por ejemplo, de la cañería de una fuente, otras veces *discontinua*, cuando se trata, por ejemplo, del derecho de regar un campo, es preciso admitir que de los cuatro textos citados, dos se aplican al caso de una servidumbre *continua* y otros dos al de una servidumbre *discontinua*, por más que en ellos no se exprese nunca esta circunstancia. Evidentemen-

---

(*t*) Van de Water, Observ. II, 18, Thibaut, Besitz und Verjärhung p. 111, 181. Thibaut abandonó despues esta opinion. Pandekten (Pandectas), § 107, 8.ª ed.; Braum, Zusætze zu Thibaut, página 896, sobre el § 1054.

(*u*) Glosa *quæsisti* en L. 2, C, de serv. (III, 34) y *forte tot* en la L. 10, si serv. (VIII, 5), donde la *continua servitus* figura bajo el nombre de *perpetua causa*. Al lado de esta opinion, la glosa refiere tambien otra de que hablaré más adelante.—Glück, tomo IX, pág. 148, cita un gran número de autores modernos que adoptan esta opinion. Sin duda queda todavía por definir la *servitus discontinua*, asunto respecto al cual están muy divididas las opiniones, porque es completamente extraño al derecho romano. Pfeiffer, pág. 115, le atribuye límites muy estrechos.

te debe abandonarse tan forzada interpretacion que no justifica la menor indicacion de los mismos textos ni ninguna especie de analogía (*v*). Hé aquí, además, un argumento perentorio contra esta doctrina: otro texto (nota *k*) declara que la *longa possessio* es suficiente para adquirir la servidumbre de un camino, servidumbre esencialmente *discontínua* y que, segun la opinion que combato sólo podría adquirirse por un tiempo inmemorial.

Las consideraciones siguientes nos han de llevar, á mi entender, á la verdadera interpretacion de nuestros textos.

Las servidumbres se establecen ordinariamente en virtud de un contrato con el propietario (*in jure cessio*), á cuyo contrato suele suplir, como respecto de la propiedad, la usucapion, reemplazada despues por la posesion de 10 ó de 20 años. Ahora bien, existe una clase de derecho á cañerías de agua que por sus apariencias exteriores y los beneficios que procura es idéntica á la servidumbre de este nombre, pero cuyo carácter jurídico es esencialmente diverso. Un particular puede pretender tomar agua de un acueducto público; en este caso la servidumbre es imposible, puesto que este particular no tiene propietario que le contradiga; pero el emperador podía conceder á título de gracia semejante goce y entónces el pretor lo consideraba como un derecho privado, y lo protegía contra toda clase de ataques, por medio de un interdicto (*w*). Si el rescripto imperial se perdía, no podía probarse la concesion, ni podía recurrirse á la posesion de 10 años, porque ésta sirve para suplir la prueba del establecimiento de una servidumbre verdadera, y el derecho de que aquí se trata no tiene en realidad carácter de servidumbre. En semejante caso podía únicamente acudirse al tiempo inmemorial, institucion que, tratando de los

---

(*v*) Los textos que declaran suficiente la posesion de 10 ó de 20 años para adquirir el *aquœductus* (nota *i*) se expresan en términos generales y no hablan del *continuus* aquæductos, omision imposible si la continuidad fuese una condicion para el establecimiento de la servidumbre.

(*w*) L. 1, § 38, 45, de aqua quot. (XLIII, 20). Solamente el emperador podia conferir este derecho (§ 42). El interdicto no era posesorio, sino que se refería al derecho mismo (§ 45). Las L. 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, C. de aquæductu (XI, 42), hablan de estas concesiones, de su forma y tambien de su revocacion. Entre estas leyes, la L. 6, cit. se sirve de la palabra *servitus*; pero éste no era evidentemente su sentido propio.

caminos públicos y de las obras para dar salida á las aguas llovedizas, hemos visto que suple á la declaracion legal procedente de la autoridad pública. De este modo desaparece toda contradiccion con las servidumbres establecidas por la posesion de 10 años, pues nuestros dos textos no se refieren á una servidumbre, sino al uso privado del agua conducida por una cañería pública.

No quiero, sin embargo, disimular las objeciones que pueden hacerse contra esta interpretacion. He censurado á los que suponen gratuitamente que los textos hablan unas veces de una *continua*, otras de una *discontinua servitus*, y no obstante, mi suposicion de la *publica aqua* no parece ménos gratuita. Pero hé aquí los especiales argumentos que invoco para justificar este procedimiento. No aumento nada á los textos que establecen la posesion de 10 y de 20 años (nota *i*); les dejo su significacion literal, mientras que mis adversarios restringen su aplicacion á una *continua servitus*. Es verdad que supongo que en los textos que hablan del tiempo inmemorial se trata de una *publica aqua*; pero, en primer lugar, esta suposicion se justifica por la analogía evidente con los caminos públicos y con las obras contra los perjuicios de las aguas llovedizas (§ 196); en segundo lugar, en uno de estos textos se hace, poco ántes, cuestion de una *aqua publica* y se encuentra colocado casi inmediatamente despues de la larga ley que trata con detalles de las concesiones de aguas de los acueductos públicos *(x)*; y, por último, un texto paralelo del Código que expresa evidentemente el mismo principio, se refiere precisamente al uso de las aguas de estos acueductos *(y)*. La considera-

---

(*x*) La L. 1, § 38, 45, de aqua quot. (XLIII, 20), habla del *aqua ex castello* (nota *w*); viene en seguida una L. muy corta, la L. 2; despues la L. 3, eod., cuyos §§ 1 y 2 son relativos al *aquæductus ex flumine publico*: de manera que la interpretacion que doy refiriendo el § 4 al *aqua publica* está confirmada por el lugar mismo que ocupa dicho §.

(y) L. 4, C. de aquæductu (XI, 42). «Usum aquæ veterem... singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione turbari,» etc. Se trata aquí de aguas públicas, como se desprende del conjunto del título, de las expresiones del texto que indican una concesion hecha por el emperador á sus súbditos y, por último de las censuras que se dirigen contra los que diesen á la antigua posesion una extension clandestina. L. 7, C, de serv. (III, 34). «Si manifesta doceri possit, jus aquæ *ex vetere more* atque observatione.., utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere: procurator noster, ne quid *contra veterem formam*... innovetur providebit.»

cion siguiente viene á aumentar todavía el peso de estos argumentos. En ámbos textos el punto capital no es su disposicion directa, sino, más bien, la oposicion que implica (§ 197, *m*), y la circunstancia del *publicus aquaeductus* no hace más que determinar esta oposicion; luego no debe tenerse tanto escrúpulo en admitir semejante restriccion, tratándose de una regla que no se expresa directamente, sino que es preciso inducir por un *argumentum a contrario*.

Esta interpretacion no es nueva en cuanto al fondo. Se encuentra ya mencionada por varios autores en la glosa *(z)*, y en otros lugares por otros autores más modernos *(aa)*. Pero como hasta el presente no se ha ofrecido de una manera completa ni puesto en relacion con los principios de derecho análogos, no ha obtenido en la opinion el lugar que le corresponde.

Si ahora nos preguntamos cuál es el resultado positivo y directo de la anterior indagacion sobre el derecho romano, hemos de confesar que se reduce á bien poca cosa, pues las modificaciones que ha experimentado la organizacion de los poderes públicos no permiten aplicar hoy las tres reglas que dominan la materia del tiempo inmemorial. Además, no tenemos como los Romanos aquellos acueductos inmensos que podían servir para satisfacer las necesidades particulares.

Sólo el punto de vista general que resulta de estas reglas tiene para nosotros interés y podría ser aplicado á las legislaciones modernas. Pero el resultado más importante para la práctica del derecho, es un resultado negativo que

---

Estando incluido este texto en el título de servitutibus, pudiera creerse que se refiere á una servidumbre propiamente dicha, pero no es así, porque el caso consiste en la facultad de tomar aguas de un acueducto público, como se desprende de las expresiones *certis fundis* y *procurator noster* que no pueden dar lugar á la interposicion de una *confessoria actio* ordinaria. Se trata pues de una *lex fugitiva*.

(*z*) Glosa *Quæsisti*, L. 2, C. de serv. (III, 34), «ibi de agua ex flumine publico dicit vel fiscali, hic privato.» De igual manera puede citarse la glosa *forte tot*, L. 10, si serv. (VIII, 5). Véase nota *u*.

(*aa*) Connano, Coment. IV, 12, Núm. 17, 18; Pufendorf, Observ., I, 32, § 16; Neller, páginas 69, 85, 92; Ahlefeldt, páginas 77, 79. Debe reconocerse que Neller, en sus disertaciones, escritas en diferentes épocas, ha meditado perfectamente este asunto; pero no llegó á esta explicacion hasta despues de haber intentado otros varios medios de resolver la dificultad.

consiste en el reconocimiento de que el tiempo inmemorial era completamente extraño á la materia de servidumbres, lo cual es igualmente cierto respecto de las cargas reales en el derecho germánico, cuya prescripcion se regula, en gran parte, segun los principios del derecho romano sobre las servidumbres.

Acaso se diga que, muy al contrario de lo que sucedía en el derecho romano, la aplicacion del tiempo inmemorial á las *discontinuae servitutes* forme parte del derecho consuetudinario general de Alemania. Ciertamente, varios tribunales, tales como el supremo del Electorado de Hesse han seguido siempre esta doctrina *(bb)*; pero otros tribunales tales como el Tribunal Supremo de Hanover la han rechazado constantemente *(cc)*; de donde se sigue que no ha sido generalmente adoptada. En los mismos países cuyo Tribunal Supremo ha sancionado esta falsa doctrina, no ofrece ésta el carácter de un derecho consuetudinario particular *(dd)*, pues los citados tribunales no la han aplicado como perteneciente al derecho especial del país, sino como una ley romana, é invocan los textos del Digesto y la autoridad de los jurisconsultos que han escrito sobre el derecho comun. No es éste uno de los casos en que, en presencia de una necesidad práctica, se busca en el derecho romano la justificacion aparente de una decision, pues los plazos de la prescripcion responden mejor á las necesidades de la práctica que las reglas del tiempo inmemorial. El caso presente es, por el contrario, uno de aquellos en que los tribunales han adoptado una falsa teoría, que deben abandonar desde el momento en que se conoce el error, aplicando en lo futuro la doctrina contraria (§ 20).

§ CXCVIII.—VI.—*El Tiempo. 6. Tiempo inmemorial. Derecho moderno.*

Encontramos en el derecho canónico dos aplicaciones notables del tiempo inmemorial.

(bb) Pfeiffer, pág. 116.
(cc) Pufendorf, Observ. I, 32, § 20.
(dd) De esta manera considera el asunto Pfeiffer, pág. 114.

Un legado del Papa había prohibido al Conde de Tolosa hacer valer ciertos derechos útiles de regalía *(pedagia, guidagia, salinaria)*. Apelada esta resolucion por el Conde de Tolosa, el Papa Inocencio III confirmó la prohibicion en vista de que estos derechos habían sido arbitrariamente arrogados y no tenían un orígen legal. Los derechos que segun esta decision tienen orígen legal son los concedidos por el Emperador, por un Rey, por el Concilio de Letran, y además, vel ex antiqua consuetudine, *a tempore cujus nom exitat memoria,* introducta *(a)*.

Esta resolucion se halla enteramente de acuerdo con el espíritu del derecho romano, y los derechos de esta naturaleza no pueden adquirirse por usucapion; pero el tiempo inmemorial reemplaza indudablemente á la usucapion en este punto.

El segundo texto *(b)* se refiere á un Obispo que pretendía tener derechos sobre Iglesias y diezmos que radicaban fuera de su diócesis; y hé aquí los principios que se invocaron. La usucapion contra un particular se cumple mediando justo título á los tres, diez, ó veinte años; sin título, á los treinta años; pero como, en general, contra la Iglesia no se prescribe sino á los cuarenta años, para una usucapion ordinaria contra la Iglesia se exige únicamente la *bona fides*, siendo indiferente la existencia del título, pues, con título ó sin él, la usucapion no había de cumplirse hasta los cuarenta años. Sin embargo, en el caso propuesto no sucede así, porque el derecho pretendido constituye una excepcion de la constitucion de la Iglesia *(jus commune)* que establece los límites de las diócesis; y siempre que, en materia de prescripcion, el derecho invocado contra la Iglesia sea contrario al *jus commune* ó á una presuncion, es necesario un título, independientemente de los cuarenta años, y á falta de título una posesion inmemorial.

Ubi tamen est ei jus commune contrarium, vel habetur prœsumtio contra ipsum *(c)*, bona fides non sufficit; sed

---

(*a*) C 26, X, de V. S. (V. 40), del año 1209.

(*b*) C. 1, de præscriptionibus in VI (II, 13), del año 1298.—Se ha citado tambien un tercer texto, C. I, de consuet. in VI (I, 4) (Schelling, p. 54); pero este texto se refiere al derecho consuetudinario y no al tiempo inmemorial.

(*c*) Literalmente significa que se exige el título en dos casos diferen-

est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat prœscribendi: nisi tanti temporis allegetur prœscriptio *(d)*, *cujus contrarii memoria non exitat.*

Este texto está conforme con el derecho romano al no admitir el tiempo inmemorial, sino para eludir un obstáculo de órden público; pero se separa de él en cuanto considera la posesion inmemorial como elemento que suple las condiciones de la usucapion y en cuanto aplica ámbas instituciones al mismo objeto. Con arreglo á los principios rigurosos del derecho romano, se hubiera necesitado siempre, respecto de los diezmos que radican en una diócesis extraña, una posesion inmemorial, sin tener en cueuta la existencia ó la ausencia de un título. Nuestro texto, por consiguiente, se separa ménos del derecho romano cuando admite la posesion inmemorial, que cuando establece la posesion de cuarenta años con la condicion del justo título. Pero, en todo caso, y éste es el punto capital, no puede decirse que el derecho canónico haya establecido, respecto del tiempo inmemorial, un principio enteramente nuevo y diferente de los principios del derecho romano.

---

tes: 1.° contra el *jus commune*; 2.° contra una presuncion. Pero parece más natural dar á la palabra *vel* un sentido determinativo y no disyuntivo, pues, en otro caso, la presuncion no sería más que la repeticion en otros términos del *jus commune*, aunque con indicacion del motivo por el eual existe la diferencia con el *jus commune*. La construccion inversa que precede inmediatamente viene á confirmar esta interpretacion. «Nam licet ei..... si sibi non est contrarium jus commune, vel contra eum prœsumptio non habeatur, sufficiat bona fides,» porque, tomada á letra esta frase, dispensaría al poseedor de la prueba del título en cada uno de los dos casos expresados, y estaría en contradiccion con la citada en el texto. Pero la contradiccion desaparece si se traduce *vel* por *sive* ó *id est*. Por lo demás, cualquiera que sea el sentido que se dé á esta palabra, no se debe inducir de nuestro texto la necesidad de la posesion inmemorial para todas las servindumbres, porque estas fueran contrarias á la presuncion (Schelling, p. 18). La exigencia de una presuncion (pro libertate) no es aplicable en semejante materia y el derecho canónico no ha pensado en ello ciertamente.

(*d*) En Unterholzner, § 143, se lee *probatio* en lugar de *prœscriptio*, evidentemente por consecuencia de un error de copia. Schelling, p. 3, 52, pretende que *prœscriptio* es una correccion moderna y que *probatio* es la antigua y buena leccion. Hubiera deseado que este autor hubiese citado las autoridades en que funda su afirmacion; por mi parte declaro que en los documentos que he registrado, que son dos manustritos, uno de la biblioteca de Berlin y otro de mi biblioteca, la glosa *memoria* de Juan de Andrés, y las ediciones de 1473, 1477, 1479, 1482, siempre he encontrado *prœscriptio*. El conjunto del texto reclama tambien *prœscriptio*.

Las leyes del Imperio mencionan con frecuencia el tiempo inmemorial, considerándolo siempre como modo de adquirir en derecho público. Así, la bula de Oro trata del tiempo inmemorial al lado de los antiguos privilegios concedidos por los Emperadores y los Reyes á sus súbditos bohemios, con el objeto de someterlos exclusivamente á la jurisdiccion de los tribunales bohemios (*e*).

Un decreto del Imperio, de 1548, garantiza á los miembros del Estado la franquicia de los tributos imperiales, cuando no se pueda probar por memoria de hombres que se hayan pagado estos tributos (*f*). Más tarde se confirmó esta disposicion por otro (*g*).

Si se combinan estas disposiciones de las legislaciones modernas con las reglas del derecho romano, se obtiene, respecto de la aplicacion del tiempo inmemorial, el principio siguiente: únicamente en los casos en que el tiempo determíne la adquisicion de un derecho público ó la exencíon respecto de un particular de un derecho de esta naturaleza se exige y es aplicable la institucion del tiempo inmemorial.

Esto nos esplica la razon de que la institucion del tiempo inmemorial, que en derecho romano ocupa un lugar tan secundario, haya encontrado desde la edad media, tan numerosas é importantes aplicaciones (*h*).

A partir de esta época, en efecto, muchos derechos públicos han pasado bajo el dominio del derecho privado, y se ha verificado una fusion entre ámbas ramas, principalmente en lo que toca á las relaciones comunales. En derecho romano encontramos dos casos en los que el tiempo inmemorial obra independientemente de toda posesion privada, (§ 196) y además un tercer caso (§ 197) en que, como más frecuentemente sucede en el derecho moderno (§ 198), la eficacia del tiempo inmemorial se relaciona con la existencia de una posesion privada. Hoy podemos establecer

---

(*e*) Aurea bulla, cap. 8, § 1, «a tempore cujus contrarii hodie non existit memoria.»—Texto aleman: «von der zit, dawedir hut bis dagis Kein gedenckin.»

(*f*) Recez de 1548, § 56, § 59 y § 64.

(*g*) Recez imperial de 1576, § 105.

(*h*) Kress, p. 53—61, enumera muchos casos en que se ha aplieado esta regla desde el siglo XII en adelante.

como condicion de este derecho una posesion propiamente dicha; pero como es preciso tener en cuenta tambien los dos casos del derecho romano, que acabo de mencionar, en los cuales no ejerce la posesion ninguna influencia, he debido rechazar, como designacion general de la institucion que ocupa, la espresion de *posesion* inmemorial.

La práctica ha estado generalmente de acuerdo con estas doctrinas, si bien no debe esperarse en semejante punto una conformidad rigurosa. La más grande desviacion de los verdaderos principios, ha consistido en la aplicacion tan frecuente del tiempo inmemorial á la materia de servidumbres (§ 197).

Los autores que han escrito sobre la práctica, han censurado siempre esta institucion, y frecuentemente en términos demasiado fuertes (*i*). De otro lado, un autor moderno ha salido á su defensa, y la ha ensalzado considerablemente (*k*). Acaso haya medio de conciliar ámbas opiniones. En derecho público es indispensable el tiempo inmemorial (§ 195); y á pesar de cuanto aleguen los jurisconsultos, ha de habrirse camino desde el momento en que aparezca la necesidad que la origina. La volveríamos á encontrar tambien en derecho privado, si en todos los asuntos no respondiesen mejor las prescripciones fijas y cortas á las necesidades prácticas. En efecto, cualquiera que, ora en la práctica judicial, ora en la discusion de sus intereses, haya conocido por experiencia la institucion del tiempo inmemorial, no dudará nunca de que cualquiera prescripcion determinada es preferible á ella; además, no tardaremos en reconocer que, en su aplicacion, no está ciertamente exenta de gran arbitrariedad é incertidumbre. Para declarar esta institucion como bienhechora ó indispensable, sería preciso compararla con la ausencia de toda prescripcion; pero semejante estado no existe actualmente en el derecho civil.

Los legisladores modernos han obrado bajo la influencia de estas ideas. Así, el Código civil francés rechaza entera-

---

(*i*) Ludewig, opuscula miscella, t. I, p. 508-511; Neller, p. 117. Principalmente la crítica de una disertacion de Senckenberg, citada textualmente en Schelling, p. 103.

(*k*) Göschel, Zerstreute Blätter, Th. I, p. 373-378.

mente el tiempo inmemorial, pues declara imprescriptibles las servidumbres que en otro tiempo se adquirían por una posesion inmemorial (*l*). El Código prusiano no la admite tampoco. En los casos en que, segun el derecho comun, el tiempo inmemorial sería aplicable, lo reemplaza dicho código por prescripciones determinadas, aunque muy largas. Así, despues de una posesion de cincuenta años, se reputa regularmente adquirida la exencion del impuesto (*m*), y lo mismo sucede respecto de la posesion de la nobleza cuando esta posesion existía desde 1740, esto es, cuando ha durado sin interrupcion 44 años (*n*).

§ CXCIX.—VI. *El tiempo.—6.—Tiempo inmemorial. Aplicacion.*

Despues de haber expuesto históricamente las bases de esta institucion, réstame estudiar su naturaleza práctica, punto en el cual trátase de determinar con exactitud, primero, en qué casos, y segundo, de que manera se aplica esta institucion.

En cuanto al primer asunto, es preciso decidir, conforme al principio más arriba sentado (§ 198), que el tiempo inmemorial no se aplica nunca á las materias de derecho privado. En su consecuencia, no se aplica á las servidumbres, donde la posesion de 10 años sustituye con gran ventaja á esta otra institucion. Tampoco se aplica al derecho de prenda ni á las obligaciones, no porque fuera supérfluo, puesto que ninguna de las relaciones que he designado bajo el nombre de Ersitzung (V. § 177), tienen lugar en estas materias, sino porque respecto á ellas no existe la necesidad de la institucion que nos ocupa: el derecho de prenda y las obligaciones, sólo están sometidas á la prescripcion, y la institucion del tiempo inmemorial les es completamente extraña. En cuanto á las cargas reales del derecho germánico, tan numerosas y tan importantes, es preciso hacer la siguiente distincion: las que tienen la consideracion de sim-

---

(*l*) Código civil, art. 691.
(*m*) A. L. R., I, 9, § 655-659.
(*n*) A. L. R., II, 9, § 18, 19.

ples modificaciones de la propiedad de un fundo, se adquieren, como las servidumbres romanas, por una posesion de 10 ó de 20 años, y nada tienen de comun con el tiempo inmemorial; las que, por el contrario, descansan en una relacion de dependencias correspondiente al derecho público, únicamente se adquieren por la posesion inmemorial (*a*).

La aplicacion del tiempo inmemorial, se limita, por consiguiente, á la posesion privada de ciertos derechos que, por su carácter, corresponden al derecho público. En este caso es general dicha aplicacion, siempre que, con arreglo á la constitucion particular del Estado, los derechos que nos ocupan, hayan de adquirirse en virtud de un título, es decir, en virtud de un contrato ó de un privilegio, pues en tales circunstancias, la posesion inmemorial sirve para suplir la ausencia del título (*b*).

He dicho anteriormente que el tiempo inmemorial suplía á las prescripciones determinadas, sobre cuyo punto se preguntaba si este suplemento tenía lugar con arreglo á las condiciones de la prescripcion, ó si el tiempo inmemorial se aplicaba á objetos imprescriptibles por su naturaleza (§ 195). Ahora podemos responder que no es la ausencia de las condiciones de la prescripcion, sino la naturaleza misma del objeto, la que determina la aplicacion del tiempo inmemorial. Puede, pues, establecerse como principio que, segun sea la naturaleza de este objeto, se aplicará unas veces la prescripcion ordinaria, y otras el tiempo inmemorial, y, que cada una de estas instituciones excluye á la otra. Una sola excepcion establece el derecho canónico á este principio á saber, cuando la prescripcion es opuesta á una iglesia contra las reglas generales de la constitucion eclesiástica: en este caso, si existe título, se aplica la prescripcion ordinaria, y si el título no existe, el tiempo inmemorial lo sustituye (§ 198).

Se ha preguntado si lo que se llama una *res meræ facultatis* puede adquirirse por el tiempo inmemorial. Esta cuestion debe resolverse negativamente, por la sola razon

---

(*a*) Eichhorn, Deutsches Privatrecht. (Derecho prusiano-aleman), § 163, 164.
(*b*) Neller, p. 70; Pfeiffer, § 21, 22, 23.

de que se trata de una relacion jurídica puramente privada. Tal es el caso en que, habiéndose continuado tácitamente un arrendamiento ordinario, durante varias generaciones, oponga el arrendatario la prescripcion inmemorial contra el propietario que quiere tomar otro *locator;* y tambien el caso en que los habitantes de una aldea se hayan provisto constantemente, desde tiempo inmemorial, en una casa de comercio cuya razon social no haya cambiado, y se pretenda impedirles para en adelante este aprovisionamiento. Existe, además, en esta materia una razon más decisiva, que excluye la aplicacion del tiempo inmemorial, áun en el caso de que fuera éste aplicable á las relaciones de derecho puramente privadas. En los casos propuestos, el que invocase el tiempo inmemorial tendría que probar su *posesion* (§ 198), es decir, que los beneficios de que ha gozado no eran accidentales y arbitrarios, sino que constituian el ejercicio de un derecho; luego faltando siempre esta condicion esencial, no puede haber lugar á la aplicacion del tiempo inmemorial (*c*). Una decision muy semejante del derecho romano resuelve completamente esta duda. El interdicto de *itinere* se concede al que, durante el último año ha usado del camino en treinta dias diferentes; pero, se añade, que este uso debe tener el carácter de un derecho en ejercicio, porque, si se trata simplemente de un hecho, no daría lugar al interdicto (*d*). Y tal es precisamente la distincion que en los casos acabados de mencionar impide la aplicacion del tiempo inmemorial. Si la exclusion resulta de la naturaleza misma del tiempo inmemorial no debe considerarse, segun varios autores, como una excepcion enterameate positiva, sin la que el tiempo inmemorial, cuya aplicacion, al decir de estos autores, es ilimitada, abrazaría igualmente las *res meræ facultatis.*

Ahora bien, ¿cómo se aplica el tiempo inmemorial? Para resolver esta cuestion, basta desenvolver la definicion que hemos dado más arriba (§ 195). Es preciso el concurso de

---

(*c*) Pufendorf, I. 151, § 9; Thibaut, p. 184, 185; Pfeiffer, § 3, 4.

(*d*) L. 1, § 6, de itin. (XLIII, 19); L. 7, eod: «Si... commeavit aliquis, non tamen *tamquam id suo jure faceret*, sed si prohiberetur, non facturus: inutile est ei interdictum... nam ut hoc interdictum competat, *jus fundi possedisse oportet*»

dos generaciones, esto es, que la generacion actual haya conocido siempre el estado de cosas existente, y que la generacion anterior no haya dejado ningun recuerdo de otro diferente estado de cosas. Así, en el hecho del tiempo inmemorial, hay dos elementos, uno positivo y otro negativo; cada uno de los cuales debe ser probado y á cada uno de los mismos puede oponerse la prueba contraria (*e*). Tal es el desenvolvimiento completo de la práctica moderna, que descansa sobre los dos textos siguientes del derecho romano, ambos relativos á la *actio aquae pluviae.*

L. 2, § 8. De aqua pluv. (XXXIX 3) (Paulo).

Idem Labeo ait, cum quæritur an memoria exstet facto opere... sufficere... si factum esse non ambigatur nec utique necese esse, superesse qui meminerint, verum etiam *si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.*

En este texto la prueba directa y la contraria no están muy bien distinguidas; pero esto es de una importancia muy secundaria; los hechos esenciales se designan con toda exactitud. El tiempo inmemorial no existe cuando un contemporáneo ha visto establecer, por virtud de una voluntad privada, el estado de cosas litigioso, ni, tampoco, cuando conoce el hecho por el testimonio de un testigo ocular. La condicion referente á las dos generaciones se expresa con entera claridad. Es preciso que el testigo tenga conocimiento personal del hecho, ó, al ménos, que la haya oido de boca de otro que tuviera por sí mismo este conocimiento personal. No basta que el más anciano haya contado lo que hubiese oido decir á sus antepasados.

L. 28, de probat. (XXII, 3). (*f*).=.....(*g*) sed cum omnium hæc est opinio, nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent (*h*): *et hoc*

(*e*) Pfeiffer, § 5, 6, 9.

(*f*) Labeon, lib. VII; Pithanon á Paulo Epitomatorum. Esta inscripcion tiene su importancia en cuanto nos muestra que ámbos textos son de los mismos autores (Paulo extracta de Labeon); lo cual constituye para nosotros una nueva obligacion de conciliarlos.

(*g*) La primera mitad del texto aparece confusa y alterada en parte. Encuéntranse ricos materiales para la crítica de este texto en Glück, t. XXI, págs. 405-422. La decision propiamente dicha está contenida en el pasaje que trascribo.

(*h*) Aquí, como en el miembro de la frase precedente, *audisse* no se refiere á la narracion de un acontecimiento antiguo, sino á un hecho

infinite similiter sursum versum accidit: tum memoriam operis facti non exstare *(i)*.

Este texto concuerda perfectamente con el anterior hasta las palabras *et hoc... accidit,* de las cuales parece desprenderse que se puede oponer al tiempo inmemorial la existencia de una tradicion que se remonta á varias generaciones. Volveré á tratar de este asunto cuando hable de la prueba contraria (§ 201).

§ CC.—VI.—*El tiempo. 6. Tiempo inmemoriol. Aplicacion.* (Continuacion).

Voy á desenvolver las reglas relativas al modo de la aplicacion, tanto, respecto de la prueba directa, como de la prueba contraria; y á este efecto, voy á seguir el órden de los diversos géneros de prueba.

El medio de prueba más ordinario y eficaz, es la declaracion de testigos á quienes se interrogue, tanto sobre sus recuerdos personales, como sobre las tradiciones del pasado.

Respecto al primer punto, deben atestiguar que el estado presente existe desde hace una generacion, y tal es el aspecto positivo de la prueba (§ 199). Ahora bien, ¿qué debe entenderse por una generacion? ¿Qué espacio de tiempo deben abrazar las declaraciones de los testigos? Sobre este punto se dividen las opiniones; pero, en mi sentir, debe adoptarse la que exige, por lo ménos, cuarenta años *(a)*. Fúndase, primero, esta decision en el texto mencionado del derecho canónico que, como hemos visto, exige, mediando título, una posesion de cuarenta años, y á falta de él, la po-

---

contemporáneo que el testigo conoce por datos ciertos, aunque sin haberlo visto por sus ojos.

(*i*) En el manuscrito de Florencia y en la Vulgata, se lee: *cum memoria operis facti non exstaret,* lo cual ciertamente no ofrece satisfactorio sentido. La leccion adoptada por mí, hace aparecer este miembro de la frase como una conclusion que establece por primera vez, un enlace satisfactorio entre el principio y el fin del texto. Se encuentra esta leccion en la ed. París, Chevallon, 1528, en fol., para la cual se consultaron varios manuscritos. Las variantes *accidet, accideret, acciderit,* tienen ménos importancia. *Accidit* me parece necesariamente exigida por las palabras que preceden *«hæc est opinio.»*

(*a*) Neller, p. 96-100

sesion inmemorial (*b*): en su consecuencia, se necesitan cuarenta años y el exceso entra en la parte negativa de la prueba. Fúndase, además, en los textos del derecho romano, en que *vetustas* se toma por cuarenta años (§ 196, *p*), pues de esta manera estos textos concuerdan con los otros en que *vetustas* designa el tiempo inmemorial. La jurisprudencia de los tribunales sajones exige un plazo sajon, es decir, treinta y un años, seis meses y tres dias (*c*); pero este plazo debe ser abandonado como inferior á los cuarenta años fijados por el derecho canónico. Otros creen que el plazo debe variar segun las circunstancias, excediendo siempre del tiempo de las diveasas prescripciones; de manera que, en los casos ordinarios, debería exceder de treinta años, contra la Iglesia cuarenta, y contra el Papa ciento (*d*). Esta doctrina no contradice ciertamente el texto del derecho canónico (nota *b*), pues si bien este texto exige más de cuarenta años, es porque se trata de una prescripcion contra la Iglesia, cuya prescripcion ordinaria es precisamente de cuarenta años. Sin embargo, existen varios motivos para rechazar esta doctrina. Desde luego el tiempo inmemorial se aplica casi siempre á relaciones de derecho no comprendidas en las prescripciones ordinarias (§ 199), las cuales, por consiguiente, no pueden servirles de medida; además, las expresiones empleadas por las fuentes para designar el tiempo inmemorial (*vetustas* y *quod memoriam excedit*) no indican, en manera alguna, una duracion relativa y variable, segun el plazo de las diversas prescripciones, sino una duracion absoluta que no tiene otros límites que el recuerdo de los hombres; y, por último, admitiendo esta opinion, habría que decidir que para la prescripcion contra la Iglesia romana se necesitan cien años, espacio de tiempo que excede al de dos generaciones.

La duracion del plazo determina igualmente la edad de los testigos. Segun la opinion más general, deberían estos tener cincuenta y cuatro años, porque, se dice, no desenvolviéndose la inteligencia hasta despues de la pubertad, es preciso añadir á los cuarenta años los catorce de la

---

(*b*) C. 1, de præscr. in VI, (V. más arriba, § 198).
(*c*) Kind. Observ. forenses, t. III, C. 62.
(*d*) Unterholzner, § 148, 150; Pfeiffer, p. 22-24, p. 52.

infancia. Pero esta opinion no tiene otro fundamento que una suposicion enteramente gratuita; bastará que los testigos tengan ciencuenta años (*e*). Sucede con frecuencia que los testigos no puedan dar noticias exactas de todo el período de los cuarenta años y que haya necesidad de combinar los testimonios relativos á diversas. épocas. Respecto á tiempos ménos antiguos, pueden admitirse testigos de ménos edad (*f*).

Cuando la deposicion de los testigos abraza la totalidad del plazo, bastan dos de ellos, como en todas las cuestiones de hecho. Varios autores han creido que las palabras de Labeon: *cum omnium haec est opinio* (§ 199) designaban un clamor general, una opinion pública, y que, por tanto, es necesario oir un gran número de testigos ó interrogar á los más ancianos sobre la existencia de esta opinion pública. Pero la palabra *omnium* se aplica únicamente á los testigos interrogados, cualquiera que sea su número; y lo único que ha de probarse es la continuidad de la posesion actual, sin consideracion alguna á la opinion pública (*g*).

Los testigos deben declarar, además, el hecho negativo de que no han oido decir á ninguno que pertenezca á la generacion pasada que en su época existiese un estado de cosas diferente de la actual. Varios autores han creido equivocadamente que esta condicion se refería á la posibilidad de la prueba contraria (*h*); pero en realidad el mismo que solicita la informacion es el que debe preguntar á los testigos este hecho negativo, pues de otra manera la prueba resultaría incompleta (*i*). Mayor error todavía que éste es el de creer que respecto á este tiempo antiguo los testigos hayan de haber recogido de sus predecesores una tradicion positiva sobre el estado de cosas litigioso (*k*); en este caso habría que discutir tambien el número y cualidades de estos testigos muertos, discusion enteramente supérflua, segun la doctrina que siento como verdadera (*l*).

(*e*) Pufendorf, I, 151, § 4, 5, 6; Pfeiffer, § 13.
(*f*) Pfeiffer, § 9.
(*g*) Pfeiffer, páginas 47, 54,
(*h*) Pufendorf, II, 54; Unterholzner, § 150.
(*i*) Pfeiffer, § 10.
(*k*) Así lo sostiene Schelling, pág. 130, 132.
(*l*) Esta opinion está sostenida por Pufendorf. I, 151, § 3, 7 y Pfeiffer, § 11.

Puede completarse la prueba justificando que en un proceso anterior relativo á la posesion ha sido ésta reconocida y protegida por el magistrado. No solamente resuelve este juicio la cuestion de posesion respecto del tiempo en que fué pronunciado, y es una fuerte presuncion respecto al tiempo posterior, sino que las declaraciones de los testigos que le sirven de base pueden tambien ser invocadas para los tiempos anteriores *(m)*:

Muy controvertida ha sido la cuestion de saber si los documentos pueden ser admitidos como medios de prueba (*n*). Cuando la prueba de testigos ha quedado incompleta respecto á una parte del plazo se pueden invocar los documentos como medios muy apropiados para probar la posesion en una época determinada. Es raro que los documentos por sí solos puedan proporcionar una prueba completa; sin embargo, esto suele acontecer algunas veces, como por ejemplo, cuando en registros formales constan pagos hechos regularmente y sin interrupcion durante la vida de dos generaciones, es decir, 80 años *(o)*. Respecto á la época más antigua de este período, aun no sería necesario probar la continuidad de los pagos, porque los documentos de este género, aunque sean incompletos, inspiran mayor confianza que las tradiciones orales, cuando se trata de tiempos tan tiempos tan antiguos.

Tambien ha sido muy debatida la cuestion de si el juramento debe ser admitido como medio de prueba (*p*). Desde luego no puede dudarse de que pueda ser admitido como complemento, cuando la prueba es incompleta ó las deposiciones de los testigos no abracen ciertas épocas del plazo. Al mismo tiempo, el demandante puede alegar que su adversario no sabe ni cree que la situacion actual haya subsistido sin interrupcion durante el trascurso de dos genera-

---

(*m*) Pfeiffer, páginas 53, 54.

(*n*) Struben, Bedenken, IV, 1, y Pfeiffer, § 14, admiten la prueba de títulos.

(*o*) Respecto á la prueba de testigos no hay lugar á la cuestion de la más larga duracion de la vida humana, puesto que se trata de una tradicion negativa, respecto á la cual no se exige ningun lapso determinado de tiempo.

(*p*) Pufendorf, Observ. II, 55, admite el juramento.—Pfeiffer, § 15, encuentra más dificultades para esta decision.

ciones y deferirle el juramento sobre este punto. La posesion durante este período es, como cuestion de hecho, muy apropiada para ser deferida al juramento. Pero este género de prueba es siempre peligroso para el que demanda, porque el adversario puede, aun teniendo buena fé, prestar este juramento sin conocimiento de causa.

En materia de *Ersitzung*, la posesion puede tambien haber pasado por diversas sucesiones, en cuyo caso, el que invoca la posesion debe probar estas sucesiones á ménos que su adversario no las reconozca voluntariamente. La necesidad de esta prueba se presenta con más frecuencia respecto del tiempo inmemorial que respecto del *Ersitzung*; pero á ménos que se trate de personas jurídicas es inevitable, pues no puede concebirse que el poseedor actual haya poseido durante el trascurso de dos generaciones. Bajo esta relacion puede decirse que el título es algunas veces necesario para el tiempo inmemorial, miéntras que implicaría una contradiccion en los términos el exigir un título para el orígen de la posesion *(q)*.

La prueba contraria se refiere á los hechos que constituyen el tiempo inmemorial *(r)* y tiene por objeto justificar que la posesion ha comenzado durante el trascurso de las dos últimas generaciones, ó que ha sido interrumpida durante este mismo período *(s)* ó, por último, que ha existido un estado diferente del actual. En este punto los medios de prueba no ofrecen incertidumbre, porque los hechos que han de justificarse son siempre pasajeros y especiales; así es que puede recurrirse, como en toda clase de prueba, á los testigos *(t)* á los documentos y al juramento deferido.

Es un error el de varios autores que admiten respecto de la prueba contraria los hechos siguientes:

(q) Pfeiffer, § 8.

(r) Pfeiffer, § 16, 18, trata perfectamente el asunto de la prueba contraria.

(s) Wernher, pág. 175, no admite la *interpretatio*, porque el tiempo inmemorial no engendra una verdadera prescripcion. Este es un argumento fundado más bien en las palabras que en la realidad de las cosas. No por eso es ménos cierto que, una vez probada la interrupcion de la posesion, esta prueba destruye el hecho alegado de la posesion durante dos generaciones.

(t) Pfeiffer, pág. 74, combate con razon la doctrina de Neller, pág. 95, que pretende que un solo testigo basta para hacer prueba completa.

1. La simple perturbacion en la posesion introducida, que puede resultar, entre otras causas, de actos de copropiedad verificados por un tercero *(u)*.

2. La interposicion de una demanda durante la vida de las dos generaciones. Si la demanda es rechazada no interrumpe el tiempo inmemorial, pero si, por el contrario, prospera, su interposicion, como en la materia de prescripcion sucede, determina la época á partir de la cual deben contarse las dos generaciones *(v)*.

3. La *mala fides*, que es imposible en semejante caso; de donde se desprende que la prescripcion general del derecho canónico relativa á este asunto, no es susceptible de aplicacion. En efecto, la *mala fides* es la conciencia de una injusticia real; de modo que para justificar la ilegalidad de la posesion ha de suponerse conocido su orígen, y en este caso, ya no es inmemorial. Ciertamente puede el poseedor, equivocado sobre el carácter de su posesion, creerla ilegal; pero semejante creencia no constituye la *mala fides (w)*.

La cuestion más controvertida en esta materia tiene por objeto saber si la prueba contraria debe referirse tambien al tiempo anterior á las dos generaciones. No puedo dar una solucion satisfactoria á esta cuestion ántes de haber determinado los efectos especiales del tiempo inmemorial.

§ CCI. VI—*El tiempo. 6 Tiempo inmemorial. Ampliacion.* (Continuacion).

Entre todas las cuestiones que ha suscitado el tiempo inmemorial, ninguna ha sido tan debatida como la que se refiere al carácter práctico y á la verdadera naturaleza de su accion. De este debate han nacido las dos opiniones siguientes.

Unos creen que el tiempo inmemorial es una prescripcion verdadera que, semejante á la usucapion y á la prescripcion de acciones, modifica realmente una situacion ju-

---

(u) Pfeiffer, § 5.

(v) Thibaut, p. 186; Pfeiffer, p. 24-26; Arndts, p. 158.

(w) Thibaut. p. 187; Pfeiffer, §, 7.—La opinion que sostiene Neller, p. 109, es falsa.

rídica y procura un acrecentamiento de riqueza, por medio de un nuevo derecho adquirido *(a)*.

Otros ven, por el contrario, en el tiempo inmemorial una simple presuncion de que en una época bastante lejana se ha adquirido realmente un derecho, si bien esta adquisicion ha caido en olvido; de manera que el tiempo inmemorial no modifica el estado actual del derecho, sino que suple á la prueba de una modificacion anterior *(b)*.

Los partidarios de la primera opinion se fundan en que la definicion general de la prescripcion es perfectamente aplicable al tiempo inmemorial (§ 178), y en que el derecho canónico la designa bajo el nombre de *prœscriptio* (§ 198). Mas esta definicion general, completamente injustificada, debe rechazarse, advirtiéndose además que la denominacion empleada por el derecho canónico, bajo la influencia de una fraseología inexacta, nada prueba en cuanto á la naturaleza de la institucion.

Hé aquí ahora razones decisivas en apoyo de la segunda opinion. El derecho romano, en donde esta institucion tuvo su orígen no puede considerarla como una especie del *Ersitzung*, porque, en la mayor parte de los casos á que se aplica, no hay posesion que le sirva de base, ni derecho privado adquirido, siendo más bien la confirmacion de una situacion referente al derecho público (§ 196). Si efectivamente se hubiera querido establecer una especie de *Ersitzung* para los casos en que se aplica el tiempo inmemorial, se hubiese adoptado una prescripcion determinada y suficientemente larga, de cien años por ejemplo, como existen varias en derecho canónico. Si pues exige un tiempo indeterminado, diferente de todas las prescripciones conocidas, esto nos prueba que se ha querido atender á un fin muy semejante al de la prescripcion, esto es, fijar relaciones inciertas de derecho, pero por un camino enteramente diverso. Por último, si el tiempo inmemorial modificase el estado actual de un derecho, sería preciso determinar en que época se ha verificado la modificacion, lo cual es imposible, á ménos que no se tome por punto de partida la muerte del

---

(a) Neller, p. 114, 115. Unterholzner, § 147; Pfeiffer, § 2, 19.
(b) Wernher. p. 746. Böhmer, § 39. Thibaut, p. 185. Arndts, ps. 139-142.

último testigo que ha conocido el estado de cosas opuesto *(c)*. La verdadera relacion que existe entre la *Ersitzung* y el tiempo inmemorial es la siguiente. La *Ersitzung* está, por su naturaleza, destinada á establecer un derecho nuevo, por mas que frecuentemente pueda servir para garantizar un derecho adquirido anteriormente, cuya prueba se haya perdido. El tiempo inmemorial, por el contrario, garantiza siempre derechos antiguamente adquiridos, sin embargo, de que, no siendo infalible la presuncion en que descansa, puede operar tambien la modificacion de un derecho; pero áun en este caso tiene ménos afinidad con el *Ersitzung* que con el juicio de un tribunal. En efecto, el juicio no tiende á modificar el derecho existente sino á protegerlo contra los ataques exteriores; pero, si los jueces se engañan, puede este error originar una modificacion en el estado de un derecho *(d)*.

Generalmente ha sido mal comprendido el interés práctico de esta controversia. Desde luego podemos sentar como consecuencia de lo anterior que si una ley nueva tiene por objeto sustraer de la prescripcion una relacion de derecho, no siendo el derecho inmemorial una prescripcion, no está comprendido en la disposicion de la ley *(e)*; sin embargo, esta regla debe aplicarse con precaucion, pues cuando se trata únicamente de interpretar una ley nueva, la cuestion no es de saber si el tiempo inmemorial es una prescripcion, sino si el legislador lo ha considerado como tal. Otro de los efectos de los anteriores principios consiste en que la restitucion no se admite contra el tiempo inmemorial, pues este remedio se concede contra modificaciones introducidas en el estado particular de un derecho, no contra simples presunciones. Pero esta regla tiene solamente una importancia secundaria, porque la restitucion está expresamente prohibida tambien contra las prescripciones de 30 y de más

---

(c) Arndts, p. 140.

(d) Arndts, ps. 142, 143.

(e) Wernher, pag. 752; Böhmer, § 43.—Pfeiffer, § 21, sostiene esta opinion; pero se muestra en ello poco consecuente, puesto que él mismo considera el tiempo inmemorial como una prescripcion (nota *a*). El articulo 691 del Código civil francés, despues de haber dicho que ciertas servidumbres no pueden establecerse por prescripcion (§ 198 *l*), añade que ni la misma posesion inmemorial es bastante para constituirlas.

años *(f)*. El punto capital que distingue perfectamente al tiempo inmemorial de las demás instituciones afines consiste en que, como simple presuncion, admite siempre la prueba contraria, miéntras que éste no podría ser invocado contra una *Ersitzung* cumplida ni contra la prescripcion de acciones. Pero este importante servicio exige algunas explicaciones á causa de los numerosos errores á que ha dado lugar.

No se trata aquí de la prueba contraria directa de que he hablado anteriormente (§ 200), la cual tiene por objeto justificar que la posesion que se pretende como contínua durante las dos últimas generaciones había sido interrumpida; porque una vez hecha esta prueba no existe el tiempo inmemorial, y no hay necesidad de combatir la presuncion que entraña, puesto que consiguientemente esta presuncion tampoco existe. Además, esta clase de prueba es igualmente admisible contra el establecimiento de una tradicion ó de una usucapion que evidentemente sirven para la adquisicion de los derechos *(g)*. Podría tambien pretenderse que aunque el tiempo inmemorial haya sido admitido jurídicamente con todas sus consecuencias, sin haberse admitido dicha prueba contraria podría intentarse de nuevo esta prueba, puesto que la declaracion referida se funda en una simple presuncion. Pero esto sería desconocer la autoridad absoluta de una decision judicial, igualmente válida. Ora se funde en una presuncion, ora en una prueba verdadera, ora tambien en una prueba falsa *(h)*. El verdadero sentido del principio expuesto es el siguiente: la presuncion que resulta del estado de cosas justificado durante el trascurso de dos generaciones, puede ser combatida por hechos tomados de una época anterior. Falta ahora saber de qué naturaleza deben ser estos hechos para que produzcan el resultado propuesto *(i)*.

(f) L. 3, C. de prescr. XXX, (VII, 39). Por este motivo, Pfeiffer, § 20, no admite la restitucion contra el tiempo inmemorial.

(g) Pfeiffer, § 19, 20.

(h) Unterholzner, § 147; Arndts, pág. 134.

(i) Puédense consultar sobre este punto: Wernher, pág. 747; Böhmer, § 42; Kres. págs. 35-37; 114, 115; Neller, págs. 112-114; Unterholzner, § 150; Pfeiffer, págs. 67-71; Arndts, pág. 160, todos los cuales sientan, más ó ménos completamente, la doctrina que yo sostengo.

En vista de la situacion jurídica existente sin interrupcion durante las dos últimas generaciones, se supone que en un tiempo anterior este estado ó situacion ha sido jurídicamente establecido. Esta presuncion no puede ser destruida por un simple *contrarium*, es decir, por la sola prueba de que en una época cualquiera anterior haya subsistido un estado contrario, porque, pudiendo ser posterior á ésta época el orígen del derecho, el hecho alegado no contradice en manera alguna la presuncion. Esto resulta incontestablemente del texto del derecho romano citado más arriba (176, e), en donde vemos que los caminos vecinales se reputan públicos, si desde tiempo inmemorial existen como caminos, aunque se sepa que el terreno que ocupan haya sido otras veces de propiedad privada (*k*), y que, por consiguiente, no existiesen los caminos. Leyser añade el ejemplo siguiente. Vemos en Tácito que los Germanos, nuestros antepasados, no pagaban más inpuestos que los que expresamente habían acordado. Si, pues, el simple *contrarium* se admitiera como perentorio, no podría justificarse por el tiempo inmemorial ningun impuesto en Alemania, porque Tácito nos suminstraría siempre un *contrarium* anterior (*l*).

De igual manera, si se justificase, no solamente el estado contrario al actual, sino tambien su orígen (*initium*) en un tiempo anterior, esta justificacion no sería bastante para destruir la presuncion que resulta del tiempo inmemorial, puesto que, si ésta no era legítima en su principio, nada impide que lo haya podido ser más tarde, que es precisamente la suposicion que implica el tiempo inmemorial. Otro tanto, y con mayor razon, debe decirse en los casos, mucho más numerosos, en que se alega el orígen, pero sin que se sepa si es ó no legítimo. Para que la prueba destruya la presuncion es necesario que ésta justifique, no sólo la ilegalidad del orígen del derecho, sino tambien que este orígen se relacione por un lazo de causalidad no interrumpido al es-

---

(*k*) L. 3, pr. de locis (XLIII, 7). «... quæ *ex agris privatorum collatis* factæ sunt.» Donde se ve que el camino actual que desde tiempo inmemorial existe fué otras veces *ager privatorum*, es decir, que no era camino.

(*l*) Leyser, 460, 2.

tado de cosas hecho constar durante las dos últimas generaciones. Concíbese, desde luego, toda la dificultad de semejante prueba, dificultad tanto mayor cuanto más apartada sea la época á que se remonte el orígen del derecho.

La prueba de documentos es muy propia para justificar la legalidad originaria; la de testigos difícilmente sería admisible, porque no puede suponerse que tengan conocimiento personal de hechos tan antiguos. Los testigos habrían de declarar en este caso, que conocen la ilegalidad del hecho litigioso por haberlo oido decir á sus antepasados; de manera que la prueba resultaría ser de simple tradicion, la cual es por su naturaleza muy incierta, y además no daría nunca á conocer el lazo de causalidad que he indicado. Sobre este punto vuelvo á recordar el texto citado en el § 199, referente á la ley 38 de *probat.* (XXII. 3), *et hoc infinite, similiter sursum versum accidit*, que parece admitir una tradicion indefinida. El abuso que cabe en esta prueba se disminuiría si el Juez exigiera rigurosamente la justificacion del lazo de causalidad. Es preciso observar, además, que nuestro texto se refiere únicamente á la *actio aquae pluviae* y á la existencia en campo libre de un dique ó de una zanja, todo lo cual puede ser de notoriedad pública. Aplicada á las relaciones ordinarias y extrictas de posesion entre dos particulares, esta clase de tradicion produciría difícilmente un resultado exacto; así es que debe restringirse al caso de que habla el texto (*m*).

§ CCII.—*Falta de validez de los actos jurídicos.*

He dicho más arriba (§ 104) que pasaría revista primero á los actos jurídicos más importantes, y que despues hablaría de los diversos obstáculos que se oponen á su validez. Este exámen del aspecto negativo de los actos jurídicos ha de limitarse necesariamente á una indicacion sumária de las formas de derecho que á dicho aspecto se refieren, pues los detalles que pudieran añadirse sobre cada institucion en particular corresponden á la parte especial del tratado.

(*m*) Así es como Pfeiffer, p. 75, 76, explica este texto.

Segun el punto de vista bajo el cual se considere la invalidacion de los actos jurídicos existen tres clases de alternativas que importa distinguir cuidadosamente porque los autores modernos las han confundido con frecuencia. Esta invalidacion puede ser:

1). Completa ó parcial.

2). Cierta ó eventual.

3). De la misma fecha que el hecho cuya eficacia impide ó de fecha posterior.

1). Llamo invalidacion completa á aquélla que quita toda la eficacia al acto jurídico, y por consiguiente, que es igual en extension y poder al hecho que destruye. La expresion técnica empleada en este caso es la de *nulidad*. Lo que tengo que añadir sobre este punto no puede ser bien comprendido hasta despues de haber hablado de la invalidacion parcial.

La invalidacion parcial es por su naturaleza enteramente variable, pues se pueden concebir una multitud de obstáculos que en diferentes grados se opongan á la eficacia de los actos jurídicos. Se muestra bajo la forma de una accion (*a*), de una excepcion (*b*), de una obligacion que tenga por objeto un nuevo acto jurídico contrario al anterior (*c*), de una restitucion ó finalmente de una *bonorum possessio contra Tabulas*. Para comprender estos casos tan diversos bajo una designacion comun, digo que la relacion de derecho es entónces *vulnerable*.

Mientras la nulidad consiste en la simple negacion de la relacion de derecho, el acto vulnerable engendra siempre respecto de otra persona un derecho nuevo, de naturaleza

---

(*a*) Así, por ejemplo, la *actio quod metus causa. Pauliana*, etc.

(*b*) Este principio ha sido principalmente desenvuelto respecto de las obligaciones, las cuales unas veces son nulas *ipso jure* y otras son anuladas *per exceptionem*. Sin embargo, la excepcion, como medio de nulidad, se aplica tambien á asuntos diferentes de las obligaciones. La excepcion más importante para producir el efecto indicado es la *doli exceptio*.

(*c*) Cuando, por ejemplo, un marido ha recibido una dote y el matrimonio se disuelve, no existiendo la única causa en virtud de la cual poseía, se trata de restablecer el estado de cosas anterior. Pero en el antiguo derecho se conseguía este objeto por medio de una accion personal en restitucion de los bienes dotales. Lo mismo sucede cuando un vendedor anterior reclama la ejecucion del *pactum de retrovendendo*. L. 2, C. de pactis inter emt. (IV, 54).

contraria; este nuevo derecho existe por sí mismo, tiene su destino particular, y puesto que tampoco es inmutable, puede ser igualmente destruida en totalidad ó en parte *(d)*; en cuyo caso, el derecho originario, desembarazado de este obstáculo, recobra su eficacia primitiva, lo cual no sucede nunca en el caso de nulidad.

Los jurisconsultos romanos acostumbran distinguir claramente los actos nulos y los actos vulnerables, y existen pocos casos en que pueda dudarse entre estos dos caracteres; las expresiones técnicas de que se sirven son tambien en general, claras y nada equívocas; sin embargo, no siempre ofrecen esta completa y rigurosa exactitud *(e)*.

2). Llamo eventual ó incierta á la invalidacion que depende de hechos inciertos, ora provengan de un accidente involuntario, ora tengan orígen en la voluntad del hombre.

Cuando viene á faltar una condicion suspensiva ó cuando se cumple una condicion resolutoria, la invalidacion completa, es decir, la nulidad de la relacion de derecho resulta de un hecho gratuito.

Siempre que el acto es simplemente vulnerable, la invalidacion depende de la voluntad del hombre. En efecto, una accion, una excepcion, la restitucion, etc., no destruyen la relacion de derecho, sino cuando la persona á quien corresponden manifiesta su intencion de atacar el acto é interpone la reclamacion consiguiente; pues, de otra manera, la relacion jurídica originaria conserva toda su eficacia. Varios autores llaman relativa á esta falta de validez que depende de la voluntad del hombre y la oponen á la invalidacion absoluta que no admite esta especie de dependencia.

Pregúntase ahora si la nulidad no puede depender tambien de la voluntad del hombre, ó para adoptar el lenguaje

---

(*d*) Así, la accion resolutoria puede quedar anulada por la prescripcion; la *Bon. Poss.* c. t. por la expiracion del plazo; la excepcion por una *replicatio contraria*.

(*e*) Cuando en la L. 22, quæ in fraud. (XLII, 8) que, hablando de una enagenacion, la llama *nullius momenti*, podrá considerarsela como nula; sin embargo, únicamente en virtud de la *Pauliana actio* es revocable.—De igual manera *rescindere* expresa ordinariamente la nulidad pero no la nulidad inmediata sino la que sobreviene posteriormente; y sin embargo, esta expresion se ve frecuentemente aplicada á otros casos de nulidad. Véase Brissonio, V. *rescindere*. En Ulp., tit. de legibus, § 1, 2, *rescindere* designa la nulidad inmediata.

de estos autores, si hay dos clases de nulidad, una absoluta y otra relativa. Estas dos especies de nulidad existen efectivamente; pero los autores modernos dan á la última demasiada extension y este es asunto que merece un exámen atento por los graves errores que con él se relacionan. Segun una opinion muy general, aquél á quien perjudica un acto nulo tiene el derecho de reclamar contraél, y á este efecto se le atribuye una accion especial bajo el nombre de *querela nullitatis* (*f*); pero en realidad es supérfluo y tambien imposible el dirigir una accion contra un acto nulo, es decir, contra un acto que no existe jurídicamente. Los casos siguientes ofrecen á este respecto el mismo carácter; el testamento supuesto, es decir, que no emane del testador; el testamento de un impúbero; el testamento hecho en presencia de seis testigos; el testamento en el cual se encuentre preterido un hijo sometido á la patria potestad ó un póstumo. En todos estos casos no existe acto jurídico, y por consiguiente, no hay necesidad de ninguna accion para destruir su apariencia, ni hay intencion que manifestar, ni diligencias que hacer (*g*).

Es verdad que en derecho romano existen ciertos casos en que la nulidad depende de la voluntad de una persona interesada, y á los cuales pudiera aplicarse la expresion de nulidad relativa. Cuando un impúbero hace un contrato sinalagmático, como por ejemplo una venta, depende de él ó del tutor que le represente el mantener ó anular el acto; la voluntad de la otra parte no tiene en ello influencia algu-

---

(*f*) G. L. Mencken, de actionibus, Sect. 3, C. 2, membr. 2; Höpfner, Commentar., § 344, 525, 535; Thibaut, § 302, 966, 968, 8.ª ed.

(*g*) Entre los casos de nulidad de testamento aquí enumerados, solo el de la pretericion ha dado lugar en los tiempos modernos á una doctrina muy generalizada, la de la *querela nullitatis*. Inútilmente se pretendería fundar esta doctrina en la opinion de los Proculeyanos. (Gayo, II, § 123), pues esta opinion fué completamente abandonada (L. 7, de lib., XXVIII, 2), y además se refería solamente al caso en que el hijo muriese ántes que el testador. Si moría despues, aunque no hubiese intentado la reclamacion, no cabía ya cuestion alguna. En cuanto al verdadero resultado práctico es preciso confesar que la pura idea de nulidad quedaba fuera de la cuestion, puesto que el pretor no conocía de la nulidad puramente civil (Ulpiano XXVIII, 6); pero este resultado en nada influye sobre la idea de la nulidad misma.—Por lo demás esta aplicacion de la *querela nullitatis*, aunque sea la más comun entre los autores modernos, no era la única. Véase Höpfner, § 344, Gluck, tomo XXXIII, pág. 91.

na *(h)*. Cuando un socio escribe á un consocio ausente ó notifica al procurador de este último que quiere disolver la sociedad, es preciso un tiempo más ó ménos largo para que esta declaracion se entienda conocida por este asociado; y la cuestion de saber si la sociedad ha continuado existiendo en el intervalo depende únicamente de la voluntad de éste *(i)*. La doctrina que acabo de exponer difiere, pues, de la adoptada por la mayor parte de los autores en que restringe mucho las aplicaciones de la nulidad *relatia (k)*, y en que no admite la accion especial llamada *querela nullitatis*. En los dos casos citados, en efecto, la accion ordinaria del contrato es bastante, y la nulidad no figura sino como una consecuencia posible de esta accion.

3). Por último, la falta de validez puede existir desde el principio ó sobrevenir más tarde. En el primer caso tiene la misma fecha que el hecho que anula; en el segundo en su fecha posterior. Esta alternativa no existe en las dos clases ya mencionadas, y es susceptible de las más diversas combinaciones.

La falta de validez existe desde el principio, cuando por ejemplo, se encuentra preterido en el testamento del padre un hijo sometido á la patria potestad, ó cuando en un contrato se obliga por sí mismo un impúbero. La falta de validez es posterior al acto cuando despues de la confeccion del testamento le nace al testador un póstumo, cuando éste destruye el testamento, ó hace otro, y por último, en toda clase de obligacion, cuando se satisface ésta enteramente.

Todo contrato en que interviene violencia ó fraude, es vulnerable desde su principio. La obligacion se convierte en vulnerable en virtud de la prescripcion ó de una sentencia pronunciada contra ella; de igual modo, segun el antiguo derecho, un simple *pactum* destruye una estipulacion.

De los dos casos de nulidad relativa más arriba citados, la obligacion de un impúbero y la disolucion de una socie-

---

(h) L. 13, § 29, de act. emti (XIX, 1).
(i) L. 17, § 1; L. 65, § 8, pro socio (XVII, 2).
(k) Así, en cuanto al matrimonio, no cabía cuestion en derecho romano sobre la nulidad relativa. Esta idea es peculiar del derecho moderno, y en su aplicacion no se halla nada que oponer á la posibilidad de una accion de nulidad.

dad, el primero existe desde el principio, y el segundo sobreviene posteriormente.

Respecto á las causas de invalidacion que sobrevienen posteriormente, debo contentarme con indicarlas aquí, pues los detalles á ellas referentes, corresponden al estudio de las diversas relaciones de derecho. Esta clase de invalidacion puede derivarse del acto jurídico mismo que da nacimiento á la relacion jurídica, como principalmente acontece cuando se cumple la condicion resolutoria; puede derivarse tambien de una regla general de derecho, tal como la prescripcion de acciones; y por último, puede derivarse de un acto de la autoridad judicial, como un juicio ó la concesion de una restitucion.

Sin embargo, la causa más ordinaria y más importante de esta especie de invalidacion, es un acto jurídico posterior que destruye el primero. Su aplicacion más frecuente aparece en las declaraciones de voluntad que revocan una declaracion de voluntad contraria, mas para que esta revocacion tenga completa eficacia, debe hacerse en las mismas formas que el acto revocado.

«Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario concesu dissolvitur *(l)*.»

Existen, no obstante, varias excepciones positivas á esta regla *(m)*, que por lo demás ha perdido en el derecho nuevo, y sobre todo en el derecho actual, una gran parte de su importancia *(n)*.

Se ha discutido mucho la cuestion de saber si un derecho

(l) L. 35, de R. J. (L. 17).—V. L. 100; L. 153, eod.; L. 8, de adqu poss. (XLI, 2); L. 80, de solut. (XLVI, 3).

(m) Así, cuando la obligacion que resultaba de un robo ó de una injuria, quedaba anulada por un *nudum pactum*, resultaba tambien anulada *ipso jure*, en virtud de que la ley de las Doce Tablas hace mencion del *pactum* á este respecto. L. 17, § 1; L. 27, § 2, de pactis (II, 14); L. 13, C. de furtis (VI, 2).

(n) El *pactum* no anulaba la estipulacion *ipso jure*, sino *per exceptionem*. En el derecho justiniáneo esta distincion tenía ménos importancia que anteriormente, y en el derecho moderno no existe diferencia de forma entre el pacto y la estipulacion. La práctica del derecho moderno nos ofrece todavía algun vestigio de la antigua regla, como por ejemplo, el principio, segun el cual, el testamento ha de ser destruido por otro testamento y no por una simple revocacion, ni por un codicilo. § 2, 7, J. quib. modis test. (II, 17); L. 21, § 3, C. de testamentis (VI, 23).

podía ser anulado por la simple declaracion de voluntad del poseedor, que es lo que se llama *renunciatio*, renuncia, abandono (*o*), ó si será preciso, además, el consentimiento de la otra parte, es decir, su aceptacion (*p*). Lo que principalmente ha contribuido á prolongar inútilmente la discusion, es la circunstancia de que esta cuestion, simple en apariencia, contiene en realidad dos cuestiones que deben determinarse claramente para llegar á una solucion satisfactoria. Unas veces no tiene el poseedor del derecho adversario determinado, como por ejemplo, cuando se trata de un derecho de propiedad; otras veces puede tenerlo, como por ejemplo, su deudor, si se trata de una obligacion, y á su vez este deudor puede ignorar la declaracion de voluntad del acreedor, ó sabiéndolo, haber olvidado manifestar su conformidad. En todos estos casos puede preguntarse si el titular del derecho está obligado por su declaracion, ó si es libre para revocarla. Este es el punto que, en lo ordinario, se tiene presente cuando se formula la cuestion de la necesidad de la aceptacion; cuestion es, entónces, puramente de forma, puesto que se trata de saber si el acto verificado en tal ó cual determinada forma, es bastante para modificar la relacion de derecho. Pero existe tambien un segundo caso posible, á saber: aquél en que el individuo obligado por una relacion de derecho desea romper, miéntras que la otra parte se opone. Puede entónces preguntarse, en semejante conflicto, hasta donde llega el derecho del primero, y ésta es la verdadera cuestion fundamental sobre la eficacia de la voluntad individual.

a). La cuestion de forma, esto es, la de saber si la declaracion de voluntad individual es obligatoria ó puede ser revocada, se resuelve en virtud de la distincion siguiente. Los derechos que nos son deferidos á título de suce-

---

(*o*) Esta falta de precision en los términos, ha sido uno de los motivos de la controversia, pues ciertamente no hay ningun texto en que aparezca la renuncia necesariamente *unilateral*, y esta es toda la dificultad del asunto. Así, por ejemplo, la L. 29, C. de pactis (II, 3), dice que segun una antigua regla, cada uno puede renunciar á sus derechos (renunciare); pero esta ley habla únicamente de una renuncia contractual, y la regla se cita solamente para poner fuera de duda la fuerza obligatoria de semejante contrato.

(*p*) V. entre otras una disertacion especial de Fritz, Archiv für civilist. Praxis, t. VIII, núm. XV.

sion pueden ser abandonados de una manera irrevocable *(repudiatio)* por una simple declaracion de voluntad, regla que se aplica, no solamente respecto de la *hereditas* y de la *bonorum possessio*, en donde no hay persona que pueda aceptar nuestra renuncia, sino tambien respecto de los legados *(q)*, por mas que en este punto pueda concebirse la necesidad de la aceptacion del heredero. En todos los demás casos, por el contrario, semejante renuncia no tiene en sí eficacia alguna y puede ser siempre revocada, sustrayéndose así á la confirmacion que le daría la aceptacion de la persona favorecida. Esta regla se aplica desde luego á la *hereditas*, á la *bonorum possessio* y á los legados que hemos declarado adquirir, así como tambien á la propiedad, la cual no se pierde nunca por un simple acto de voluntad, necesitándose además de ésta el abandono real de la posesion. Tambien se aplica á toda clase de *jus in re*, que no se enagena por la simple declaracion del titular; y, por último, se aplica á las obligaciones, las cuales pueden extinguirse en virtud de un contrato de novacion ó de remision *(r)*; pero la declaracion emanada solamente del acreedor no es bastante para resolverla.

b). En cuanto á la cuestion sobre el fondo, esto es, la de saber si el poseedor de un derecho puede abandonarlo por su sola voluntad, supone siempre la presencia de una parte contraria. La cuestion puede presentarse con ocasion de un *us in re*. Así, el usufructuario puede siempre renunciar á su usufructo *(s)*, y aunque con éste se liguen otras obligaciones positivas *(t)*, si éstas no son más que condiciones y restricciones impuestas á su goce, no se oponen á la renuncia. Pero si el usufructo se encuentra ligado con una venta ó una locacion por un tiempo determinado *(u)*, el usufructuario no se libra de las prestaciones extrañas á su usufructo y debe siempre el precio de la venta ó del arrendamiento, á ménos que el propietario no le haga remision de ellos por contrato. Esto nos explica al mismo tiempo la

---

(q) L. 38, § 1; L. 44, § 1; L. 86, § 2, de leg. 1 (XXX, un.); L. 59, de leg. 2 (XXXI, un.)
(r) L. 91, de solut. (XLVI, 3).
(s) L. 64, de usufructu (VII, 3).
(t) L. 13, § 2; L. 66, de usufructu (VII, 1).
(u) L. 10, C. de usufructu (III, 33).

razon de que el poseedor de una enfitéusis ó de un derecho de superficie no sea libre de renunciar á ellas; pues las prestaciones que respecto del usufructo son una obligacion accidental y extraña al contrato, forman aquí una parte esencial de la relacion de derecho. No existiendo estos motivos respecto de las servidumbres prediales ni del derecho de prenda, el titular puede renunciar á ellos. Otro tanto puede decirse respecto del embargo de bienes; y aún puede tener el acreedor un interés particular en este abandono si, por ejemplo, la custodia de la cosa embargada ocasiona gastos ó riesgos.

En materia de obligacion, el deudor no podría nunca tener la facultad de disolverla. Este derecho no puede ser cuestionado con el acreedor sino en casos muy raros, como, por ejemplo, cuando en un combate de generosidad, de delicadeza ó de orgullo, el acreedor quiere hacer remision de la deuda y el deudor rehusa aceptar esta remision. A este fin la novacion suministra al acreedor un medio seguro de realizar su propósito, haciendo por contrato remision de la deuda al nuevo deudor *(v)*, y tambien le basta rehusar la suma debida, pues el deudor puede depositarla, pero no obligar al acreedor á que la reciba. Puede hacerse otra observacion más importante. Existen varias obligaciones de una naturaleza particular, en las cuales cada parte puede disolver para lo futuro su obligacion, declarando esta voluntad á la otra parte: tales son la sociedad, el mandato y el contrato de arrendamiento. Pero el carácter propio de esta facultad y los efectos especiales de la declaracion no pueden ser bien comprendidos sino dentro de la materia de obligaciones.

§ CCIII.—*Falta de validez en los actos jurídicos.* (Continuacion.)

Réstame hablar de algunas cuestiones particulares que se refieren á la nulidad de los actos jurídicos.

Las causas de la nulidad originaria son de dos especies. Esta nulidad puede resultar de la ausencia de la condicio-

(*v*) L. 91, de soluta. (XLVI, 3).

nes necesarias, referentes, ora á las cualidades personales de las partes, ora á la esencia del acto, dentro de la cual se comprende la existencia de la voluntad y la observacion de las formas; puede tambien resultar de una ley que prohiba el acto.

Cuando el objeto de la ley es oponerse á un acto jurídico, puede emplear diversos medios. Puede exigir formas muy difíciles, y esto es lo que constituye una *imperfecta lex*; puede establecer una pena conservando al acto su valor y su eficacia, y es entónces una *minus quam perfecta lex*; puede quitarle una parte de sus efectos, principalmente por medio de una excepcion, como hacen por ejemplo, el senado consulto Macedoniano y el Veleyano; puede, por último, y es el camino más directo y seguro, pronunciar la nulidad del acto y entónces se llama *perfecta lex (a)*. Ahora bien, cuando una ley prohibe el acto jurídico sin determinar exactamente las consecuencias de la prohibicion pueden suscitarse muchas dudas, pues cabe sostener que la nulidad es una consecuencia demasiado grave cuando la ley no la pronuncia expresamente. Sobre este punto tenemos una ley general de interpretacion de Teodosio II, donde se dice que toda prohibicion de la ley entraña la nulidad del acto prohibido, aunque esta nulidad no se exprese formalmente *(b)*. En el lenguage de Ulpiano puede traducirse esta regla de la siguiente manera: toda ley prohibitiva se considera como una *perfecta lex*. Están además heridos de nulidad todos los actos simulados que tengan por objeto ocultar el acto expresamente prohibido por la ley. Por lo demás, ésta no es una disposicion nueva, sino la aplicacion á este caso especial de los principios generales sobre la simulacion (§ 134.)

Esta regla, á pesar de su aparente generalidad, experi-

(*a*) Ulpiano, tít. de Legibus, § 1, 2. Estos textos ofrecen numerosas lagunas.

(*b*) L, 5, C. de legibus (I, 14), y de una manera más completa la Nov. Theod., tít. 4. Esta novela tenia por objeto hacer cumplir la antigua ley que prohibia á los decuriones la administracion (*procuratio*) de los bienes de otro; prohibicion que se eludia por una *conductio* de estos bienes. El código justinianeo omite esta circunstancia y el principio general resulta áun más terminante que en la novela original donde so formuló.

menta; sin embargo, una excepcion muy natural cuando la ley atribuye al acto prohibido una consecuencia distinta de la nulidad ó incompatible con ella (c). Citaré como ejemplo el *Senado consulto Macedoniano*, que no modifica en manera alguna la ley nueva, pues la *exceptio SC. Macedoniani*, cuyos efectos están determinados tan rigurosamente, es en realidad incompatible con la nulidad del préstamo. Otro tanto digo del *Senado consulto Veleyano* en los casos en que es todavía aplicable bajo su primitiva forma (d). Tal es tambien el matrimonio contraido por una viuda durante el año de luto, pues las penas pronunciadas por la ley implican evidentemente la existencia de una verdadera dote, y, por tanto, la validez del segundo matrimonio (e). El obstáculo era entónces, como dirían los jurisconsultos modernos, *impediens*, pero no *dirimens* (f). Debe cuidarse no obstante, de no extender esta excepcion á todas las leyes prohibitivas que pronuncien una pena sin hablar de la nulidad del acto, porque, pudiendo conciliarse perfectamente esta nulidad con la pena, no tenemos, en semejante caso, razon suficiente para eludir la ley general de Teodosio.

Cuando un acto jurídico se ha realizado válidamente y en seguida sobreviene un cambio de circunstancias que hagan este acto imposible, se pregunta si esta modificacion reobra sobre el acto anteriormente verificado, entrañando su nulidad. Vários jurisconsulos romanos han admitido la

---

(c) Vinnio, queæs. selectæs lib. 1, c. 1; Weber, natürliche Verbindlichkeit, § 74.

(d) En efecto, respecto á la mayor parte de los casos, Justiniano habia declarado expresamente la nulidad de la caucion y por consiguiente no cabía la aplicacion de la excepcion del Senado consulto. En los casos en que ésta es todavía aplicable resulta incompatible con la nulidad de la caucion.

(e) Véase Apéndice VII, núm. III. El motivo de esta diferencia es evidente. La declaracion de nulidad no conseguiría el fin principal de la prohibicion, á saber, evitar la *seminis turbatio*, y además no sería obstáculo para que, cumplido el año de luto, es decir, despues de un corto plazo, contrageran un nuevo matrimonio. No se trataba, pues, de mostrar más ó ménos severidad, sino de establecer los medios más eficaces para prevenir el acto prohibido.

(f) En general, estos casos son más frecuentes en las leyes particulares modernas que en derecho romano. Citaré como ejemplo los grados de parentesco susceptibles de dispensa y la falta del consentimiento del padre. Todos estos casos entran en las excepciones á la regla de la L. 5, C. de L. L.

nulidad y su decision se ha insertado en el Digesto (*g*); sin embargo, esta resolucion no fué generalmente adoptada (*h*), pues otros textos nos advierten de que no debe darse demasiada extension á esta regla (*i*), lo cual indica sus numerosas é importantes excepciones.

Si bajo este punto de vista consideramos las diferentes relaciones de derecho, encontraremos que la excepcion se aplica casi tan frecuentemente como la regla. Así, el matrimonio válidamente contraido se hace nulo cuando posteriormente uno de los cónyuges pierde la libertad ó el derecho de unidad; la enajenacion mental, sobrevenida posteriormente, deja tambien subsistente el matrimonio; pero si cualquiera de estas tres circunstancios hubiese existido al contraerse el matrimonio, el acto sería nulo. De igual manera, el testamento deja de ser válido cuando el testador pierde la libertad ó el derecho de ciudad; pero no sucede así cuando le sobreviene la locura.

Algunos autores modernos han tratado de determinar las condiciones de aplicacion de la excepcion y de la regla; pero se han perdido en tantas sutilezas y se han permitido tantas arbitrarias afirmaciones que no nos suministran recurso alguno para la decision de los casos dudosos (*k*). Vale más renunciar á formular una regla general y limitarse á la apreciacion de cada caso. En este punto ninguna regla nos guiará más seguramente que el exámen de la naturaraleza propia de las diversas relaciones de derecho y la analogía de las decisiones particulares contenidas en las fuentes del mismo.

Cuando, por el contrario, un determinado obstáculo se

(*g*) L. 3, § 2, de his quæ pro non scriptis (XXXIV, 8): «... Nam quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.» Véase L. 16, ad L. Aquil. (IX, 2).

(*h*) L. 98, pr. de V. O. (XLV, 1): «... et maxime *secundum illorum opinionem*, qui etiam ea, quæ recté constituerunt, *resolvi putant*, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere.»

(*i*) L. 85, § 1, de R. J. (L. 17): «*Non est novum*, ut, quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.» L. 140, § 2, de V. O. (XLV, 1): «Etsi placeat, exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: *non tamen hoc in omnibus verum est*.» § 14, J. de leg. (II, 20).

(*k*) Me refiero principalmente á J. Godofredo en el tít. de R. J.; L. 85, § 1. La interpretacion de Averanio (interpret., libro IV), C. 24-26, sin ser tan mala no produce resultados ciertos.

opone á la validez de un acto jurídico y más tarde cesa este impedimento, ocurre la cuestion de saber si esta circunstancia tiene efecto retroactivo y si, por consiguiente, debe considerarse el acto como válido desde su principio. Trátase, pues, de indagar si el cambio de circunstancias produce un efecto retroactivo y cubre la nulidad del acto (*l*).

Un texto del derecho romano concebido en términos generales establece la negativa (*m*). Esta regla se encuentra tambien confirmada para los testamentos (*n*) y los legados por la antigua *regula Catoniana*, que no es, propiamente hablando, más que la reproduccion de aquel principio (*o*). Tiene, no obstante, tambien sus excepciones, y Celso, con motivo de la citada *regula Catoniana*, nos advierte de que no debe dársele demasiada extension (nota *o*). Si estas excepciones fueran tan numerosas y variadas como las relativas á la otra regla, valdría más abandonar completamente un principio tan peligroso; pero no sucede así, y la mayor parte de las pretendidas excepciones no son, en realidad, excepciones verdaderas. Debemos, pues, admitir la regla general, sin perjuicio de tener en cuenta las excepciones realmente contenidas en las fuentes del derecho.

Ante todo, voy á enumerar los casos erróneamente considerados como excepciones por la mayor parte de los autores. El matrimonio contraido por un impúbero se convierte en válido, se dice, cuando llega á la edad de la pubertad *(p)*; y en la misma categoría se colocan produciendo la validez del acto los casos siguientes: el matrimonio contraido por un senador con una emancipada, cuando este senador es expulsado del Senado *(q)*; el matrimonio verificado entre un Romano, funcionario público en una provincia, y una mujer natural de esta provincia, cuando, más

---

(*l*) Véase Averanio, interpret. lib. 4, C. 22.
(*m*) L. 29. de R. J. (L. 17): «Quod initio vitiosum est, non potest tractatu temporis convalescere.»
(*n*) L. 201, de R. J. (L. 17): Omnia, quæ ex testamento proficiscuntur ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitío ceperint.»
(*o*) L. 1, pr. de reg. Catoniana (XXXIV, 7): «Regula Catoniana sic definit: quod si testamentí facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere. *Quæ definitio in quibusdam falsa est.*»
(*p*) L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2).
(*q*) L. 27, de ritu nupt. (XXIII, 2).

tarde, renuncia el funcionario su empleo *(r)*; el matrimonio verificado sin el consentimiento paterno, en los casos en que éste es necesario *(s)*, cuando, posteriormente, el padre presta este consentimiento *(t)* ó viene á morir *(u)*. Pero en ninguno de estos casos es cierto que un matrimonio nulo se convierta en válido. Segun el derecho romano, el matrimonio se contrae por el hecho de la vida conyugal junto con la intencion de vivir como esposos, y por esta causa no se exige ninguna forma especial al acto. Si, pues, una mujer impúbera entra como esposa en la casa de un hombre, y más tarde, en estas circunstancias, llega á la edad de la pubertad, desde este momento existe un nuevo y verdadero matrimonio, pues se encuentran cumplidas todas las condiciones para su validez. La union anterior, que era nula, no se convierte en válida, sino que no impide la legitimidad del matrimonio. Lo mismo sucede sin excepcion alguna en todos los demás casos citados, y aún algunas veces se declaró esto expresamente. Así, cuando un funcionario público en una provincia resigna su empleo despues de contraido un matrimonio de hecho, los hijos habidos ántes de esta época no son legítimos *(v)*; y de igual manera no son legítimos los hijos nacidos de un matrimonio contraido sin el consentimiento del padre, aunque este padre viniese á morir *(w)*. En su consecuencia, la union contraida no se convierte nunca en válida, sino que no es un obtáculo para un nuevo matrimonio.

Cuando un hijo sometido al poder paterno, un exclavo ó un deportado constituyen un fideicomiso, y más tarde cualquiera de éstos es respectivamente emancipado, manumitido, ó recobra el derecho de ciudad, si se puede probar que

---

(*r*) L. 65, § 1, de ritu nupt. (XXIII, 2).
(*s*) Pr. J. de nupt. (I, 10), «in tantum, ut jussus parentum *prœcedere* debeat.»
(*t*) L. 68, de j. dot. (XXIII, 3).
(*u*) L. 11, de statu hom. (I, 5).
(*v*) L. 65, § 1, de ritu nupt. (XXII, 2)... «post depositum officium, si in eadem voluntate, perseverat, justas nupttias effici: et ideo *postea liberos natos* ex justo matrimonio, legitimas esse.»
(*w*) L. 11, de statu hom. (I, 5): «Paulus respondit, eum qui vivente patre et ignorante de conjunctione filiœ conceptus est, licet post mortem avi natus sit, *justum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.*»
(*x*) L. 13, § 6, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

no ha habido cambio de intencion, el fideicomiso es ciertamente válido; no porque el acto anterior lo fuese, sino porque se considera como un segundo fideicomiso que reproduce las disposiciones del primero, pues, segun el antiguo derecho, bástale para semejante acto una declaracion de voluntad sin formalidad alguna (*y*). Las excepciones á la *regula Catoniana* y su no aplicacion á la *hereditas* y á los nuevos decretos del pueblo (*z*) se refieren á la naturaleza particular de los actos de última voluntad que á su vez puedan referirse á su fecha real y á la época de la muerte. Cuando se ha verificado un acto en nombre de un tercero, sin el consentimiento de éste y despues el tercero ratifica el acto, la ratificacion tiene un efecto retroactivo (*aa*); sin embargo, el acto no toma de aquí su validez, sino que produce sus resultados, porque se considera que aquél, en cuyo nombre se verificó, al ratificarlo ahora, hace el acto suyo en todas sus partes y acepta tambien su fecha. La ratificacion equivale á un nuevo contrato que abraza todos los hechos verificados en el intérvalo. El contrato dictado por la violencia ó por el fraude y ratificado despues libremente tiene efecto retroactivo; pero no habiendo sido nunca nulo semejante contrato, está fuera de la cuestion que nos ocupa.

Hé aquí ahora las verdaderas excepciones á la regla. Cuando un marido enajena un inmueble dotal, la enajenacion es nula; paro si despues adquiere por completo la dote, el acto de la venta se convierte por sí mismo en válido *(bb)* y no hay necesidad de renovar la tradicion. Cuando se vende la cosa de otro y más tarde este vendedor se hace propietario de la cosa, la enajenacion resulta válida y el ad-

---

(*y*) L. 1, § 1, de leg. III (XXXII, un.) «... fideicomissum relictum vider *quasi nunc datum,* cum mors ei contingit, videlicet *si duraverit voluntas* post manumissionem.» L. 1, § 5, eod. «... si modo in eadem voluntate duravit.»

(*z*) L. 1-5, de reg. Catoniana (XXXIV, 7).

(*aa*) L. 7, pr. ad Sc. Maced. (IV, 28).

(*bb*) L. 42, de usurp. (XLI, 3). Aquí *venditio* es sinónima de *aliennatio,* y el *confirmari* se refiere primeramente á la validez del título para la usucapion, única regla que podía tener en el autiguo derecho. Pero además, y principalmente en el derecho justiniáneo, *confirmare* implica la consolidacion de la enajenacion, es decir, de la propiedad, sin necesidad de usucapion alguna.

quirente se hace inmediatamente propietario, sin necesidad de nueva tradicion *(cc)*.

Hasta aquí he tratado la cuestion con relacion solamente á los actos nulos; en cuanto á los actos vulnerables es claro que pueden siempre adquirir toda su validez completándoles lo que les falta. Como los actos de esta clase no son vulnerables sino en virtud de un derecho perteneciente á una persona determinada, una vez extinguido este derecho, el acto primitivo recobra por sí mismo toda su eficacia (§ 202). Tal es el caso ya citado de un contrato dictado por la violencia ó por el fraude y ratificado despues libremente. No sería exacto decir que el contrato se ha hecho válido, puesto que ya lo era; lo que únicamente ha sucedido es que se ha desembarazado de las excepciones *(metus* ó *doli)* á que daban lugar la violencia ó el fraude.

(cc) L. 42 de usurp. (XLI, 3) al final. Para la explicacion de este texto, véase nota *bb*,—L. 44, § 32, de doli exc. (XLIV, 4); «... ac per hoc intelligeret, eum fundum rursum vendidisse *quem in bonis non haberet.*» El pormenor de esta grave y complicada cuestion corresponde á la exposicion de la teoría de la propiedad.

APENDICES

APÉNDICE IX.

DONACION POR SIMPLE OMISION.

(§ CXLIV).

I.

En general, no puede ser admitida la posibilidad de semejante donacion. Las restricciones positivas que constituyen en derecho el carácter esencial de la donacion, se refieren necesariamente á los actos jurídicos, entre los cuales es evidente que no pueden colocarse las omisiones; ¿cómo habrían de aplicárseles las formalidades de la mancipacion y de la insinuacion que ocupan un lugar tan importante en el derecho positivo de la donacion?

Existen sin embargo, dos circunstancias en que la omision se convierte en una donacion verdadera. Primera cuando la omision oculta un acto que realiza la donacion; segunda, cuando la omision por sí misma procura un beneficio infalible, pues en este caso se considera como única donacion de dinero indirecta ó simulada.

Voy á ocuparme en mostrar la aplicacion de este principio.—Un cierto número de casos y para el mejor resultado de esta indagacion, trataré primeramente de la prohibicion de las donaciones entre esposos. Despues será fácil añadir todo lo que concierne á la insinuacion y á la revocacion.

II.

Comienzo por un caso que se distingue de todos los demás por la simplicidad de su naturaleza y la decision formal que respecto á él se encuentra en las fuentes del derecho. Cuando el marido tiene un derecho de servidumbre sobre un inmueble perteneciente á su mujer y deja voluntariamente que se extinga la servidumbre por el *no uso*, la mujer resulta enriquecida con todo el valor de la servidumbre; resultado que procede evidentemente de la omision,

pues hubiera bastado al marido para evitar esta disminucion de riqueza, el ejercitar su derecho una sola vez ántes de la espiracion del plazo legal. Si se asimilase esta omision á un acto jurídico, este enriquecimiento sería nulo, pues la servidumpre, en lugar de extingnirse, continuaría subsistiendo. Sin embargo no sucede así; la servidumbre se extingue como si la relacion hubiera existido entre extraños; pero, encontrándose la mujer enriquecida y esto por una liberalidad de su marido, éste tiene contra ella una *condictio* con el fin, sin duda, de restablecer la servidumbre ó de obtener el pago de su valor *(a)*.

La Pauliana *actio* nos presenta un caso muy semejante. Cuando un deudor insolvente deja voluntariamente que se extinga una servidumbre, esta omision constituye una enajenacion en provecho del propietario, y los acreedores tienen contra ella la *actio Pauliana* (*b*). En este caso existe un motivo más que en el de la donacion entre esposos, á saber: la mala fé del deudor. Tales son los casos á que se refiere el principio general de que la extincion de las servidumbres por el no uso vale como enajenacion (*c*).

III.

En materia de usucapion, la cuestion es mucho más complicada. ¿El propietario, al dejar que se cumpla una usucapion que podía impedir, hace una donacion? Esta cuestion se refiere á otra mas general; á la de saber si este hecho constituye una enajenacion. Examinemos primero este último punto en su aplicacion á una relacion análoga de derecho.

El marido no tiene facultad para enajenar los inmuebles dotales, y si intenta hacerlo, sus actos son nulos. Supongamos que la casa dada en dote amenaza ruina y que el vecino exige una caucion contra esta eventualidad, caucion á que el marido se niega. En este caso, el vecino obtiene primero una *missio in possessionem*; y si este estado se prolonga, el pretor, por un segundo decreto, le concede además la *possessio*. No se entendía por esto que se transmitiese inmediatamente la propiedad quiritaria al propietario

---

(*a*) L. 5, § 6, de don. int. vir. (XXIV, 1): «Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem: verum post divortium condici posse.—Las palabras *post divortium* son puramente enunciativas, pues si bien será rara la reclamacion miéntras dure la buena inteligencia entre los esposos, no por eso deja de subsistir el derecho á hacerla durante la existencia de la union conyugal.

(*b*) L. 3, § 1; L. 4; quæ in fraudem (XLII, 8).

(*c*) L. 28, pr. de V. S. (L. 16): «...Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes.»

amenazado (*a*); pero sí se transmitía la propiedad que podía conferir el pretor, es decir, el derecho *in bonis*, y, por consiguiente, era necesaria la usucapion para hacer perfecta esta propiedad *(ex jure Quiritium)* (b). Pudiera creerse que, en el caso del procedimiento mencionado, la prohibicion de enajenar los inmuebles dotales había de impedir la transmision de la propiedad, pues la enajenacion resultaría incontestablemente de la voluntad del marido, una vez que podía impedir esta transmision prestando la caucion correspondiente, ántes del segundo decreto. Sin embargo, se dice expresamente que, en este caso, el vecino adquiere la propiedad de la casa ruinosa (*c*). Es preciso, pues, sentar el principio de que la falta de obstáculo propuesto por el interesado á la transmision y á la usucapion, no constituyen una violacion de la prohibicion de las enajenaciones.

IV.

Igual decision se aplica al caso siguiente. Cuando, bajo el imperio del antiguo derecho, se constituía la mujer por via de mancipacion, una dote, consistente en un dominio perteneciente á ella, pero poseido por un extraño, acto perfectamente válido á pesar de la ausencia de la posesion (*a*), el marido tenía el derecho y tambien el deber de reivindicar dicho dominio contra este tercer poseedor. Si el marido dejaba cumplirse la usucapion y el poseedor adquiría, por consiguiente, la propiedad, era aquél responsable de esta pérdida respecto de su mujer, á ménos que el tiempo pasado

---

(*a*) L. 15, § 23, de damno inf. (XXXIX, 2).

(*b*) L. 5, pr.; L. 18, § 15; L. 12; L. 15, § 16; L. 44, § 1, de damno inf. (XXXIX, 2). Estos textos en su sentido primitivo, que acabo de exponer, no son aplicables al derecho justiniáneo que no conocía la distincion de la propiedad bonitaria ni de la quiritaria, y bajo cuyo imperio bastaba el segundo decreto del magistrado para conferir la propiedad perfecta. Es preciso, por tanto, suponer que el poseedor que rehusa prestar la caucion no es propietario, en cuyo caso el vecino, por el segundo decreto del pretor, no obtiene más que la *b. f. possessio*, y necesita la usucapion para adquirir la propiedad.

(*c*) L. 1, pr. de fundo dot. (XXIII, 5): «Interdum lex Julia de fundo dotali cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis prædii, deinde jussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit, *quia hæc alienatio non est voluntaria*.» Estas últimas palabras no quieren decir que la voluntad del marido no ha tenido ninguna influencia en la pérdida experimentada, lo cual no podría ser cierto, sino que esta pérdida no resulta de un acto positivo del marido.

(*a*) Ulpiano, XIX, § 6, donde se ve que pueden ser mancipados al mismo tiempo inmuebles situados en diversos lugares; es decir, sin tener en cuenta la posesion actual del propietario.

desde la mancipacion no fuese demasiado corto para que el marido pudiese ser acusado de negligencia. Si se objeta que esta pérdida es imposible, porque la prohibicion de la enajenacion comprende tambien la pérdida que resulta de la usucapion, se responde que la usucapion había comenzado ántes de la constitucion de la dote, y que, por tanto, el marido sólo ha contribuido á ella por omision (*b*). Si, por el contrario, el marido mismo hubiese enajenado el inmueble dotal, no solamente su mancipacion como trasmision inmediata de la propiedad quiritaria sería nula, sino que ni la tradicion misma daría lugar á la usucapion, pues de otra manera, se eludiría fácilmente la prohibicion de la ley (*c*). En este último caso, la usucapion que consuma una enajenacion prohibida no resultaría de la inaccion sino de un acto positivo del marido (*d*).

He aquí, pues, como debe entenderse este pasaje de Paulo en la ley 28 pr. de V. S. (L. 16): «Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vir est enim ut non videatur alienanre, qui patitur usucapi.» Tomándolo en toda la generalidad de que es suceptible, este texto contradiría los principios tan claros más arriba expues-

---

(*b*) Estos motivos sirven de comentario á la L. 16 de fundo dotali (XXIII, 5) que ha suscitado tantas controversias. Respecto al antiguo derecho, este texto no presenta ninguna dificultad; pero, en el derecho justiniáneo, son diferentes los casos á que puede aplicarse. Vemos, en efecto, que un inmueble no puede llegar á ser dotal sino por la tradicion (L. 5, sol. matr. XXIV, 3, ley evidentemente interpolada); luego un inmueble poseido por un tercero no puede llegar á ser dotal como demostraré en seguida. Esta explicacion, sacada del antiguo derecho, no atañe en manera alguna al lado positivo y práctico del texto, y solo me sirvo de ella para prevenir una objecion. No debe, pues, censurárseme que haya ido á buscar al antiguo derecho un argumento para interpretar el texto que nos ocupa.

El lado positivo y práctico de la cuestion consiste únicamente en la responsabilidad del marido por no haber ejercitado la reivindicacion. Hé aquí como puede presentarse el caso en el derecho nuevo. Una mujer promete en dote á su marido un inmueble que la pertenece, pero que está poseido por un tercero, el cual ha comenzado á usucapir; al mismo tiempo que hace la promesa, cede la mujer al marido su derecho de reivindicacion. No teniendo todavía el inmueble el carácter de dotal no puede aplicársele la prohibicion de enajenar; sin embargo, el marido está obligado á ejercitar la reivindicacion en tiempo útil, y si no lo hace y deja cumplir la usucapion es responsable del valor del inmueble.

(*c*) Si el marido vende un inmueble dotal, la venta es nula. (L. 42, de usurp., XLI, 3, «venditio non valet»); luego no constituyendo la tradicion una *justa causa* no puede servir de base á la usucapion.

(*d*) En el mismo sentido, aunque con un objeto diferente, la L. 85 de m. c. don. (XXXIX, 6), dice, con motivo de la usucapion del donatario *mortis causa*, que la adquisicion (el capere) no proviene del propietario anterior, «sed ab eo qui occasionem usucapionis præstitisset.» Así, en el caso que nos ocupa, la enajenacion resulta de la *occasio præstita*, no de la falta de interrupcion.

tos; en su consecuencia, debe sobre-entenderse cuando él mismo ha dado lugar á la usucapion. Esta explicacion restrictiva, indispensable en tan gran número de textos de los dos últimos títulos del Digesto, ha sido tan frecuentemente suplida, que no tengo necesidad de justificarla en este punto.

V.

Todo lo anterior no es más que un preliminar de la cuestion propuesta: ¿el marido verifica una donacion prohibida al sufrir que su mujer se apodere, por medio de la usucapion, de una cosa á él perteneciente? Es preciso suponer que un extraño sea detentador de la cosa y la entrgue á la mujer por consecuencia de una venta ó de una donacion. Ahora bien ¿el marido que pudiendo ejercitar una reivindicacion contra su mujer, no lo hace, y deja espirar el tiempo de la usucapion, hace una donacion prohibida entre esposos, y por consiguiente nula? Tal es el caso decidido en la ley 44, pr. de don. int. vir. (XXIV, 1) que ha suscitado tantas controversias *(a)*. El caso puede presentarse desde luego en circustancias que no den lugar á ninguna incertidumbre, como el mencionado en la primera parte del texto: así puede sentarse sin ningun género de duda que hasta el cumplimiento de la usucapion, ninguna de las partes conocía la propiedad del marido, no ha habido evidentemente donacion alguna. Fuera de este primer caso hay tres hipótesis posibles: 1.° La propiedad del marido es conocida solamente por éste; 2.° solamente por la mujer; 3.° por ambos cónyuges. Examinemos sucesivamente estas tres hipótesis segun los principios generales del derecho, y este examen nos conducirá á la explicacion de nuestro texto.

VI.

1. Únicamente el marido sabe que es propietario, pero no lo declara á su mujer, y, para enriquecerla, deja que se cumpla la usucapion. ¿Hay en ello una donacion verdadera que cae bajo la prohibicion de las donaciones entre esposos?

Podría negarse la existencia de la donacion, diciendo que las

---

(*a*) He tratado ya de explicar este texto en la Zeitschrift für gesch. Rechtsw. V. I, pág. 270, 421. Considero todavía la explicacion principal como verdadera, y solamente procuraré rectificar algunos puntos secundarios. En mi referida disertacion se mencionan las opiniones de los antiguos autores. La explicacion en ella expuesta ha sido combatida en los Heidelberger Jahrbücher, 1816, páginas 107, 111, á cuya crítica contesto en este apéndice.

donaciones han de resultar de un contrato y, que la ignorancia de la mujer hace imposible este contrato *(a)*; pero he demostrado (§ 160) que la donacion puede resultar de un acto unilateral del donante, de manera que el anterior argumento no es decisivo.

Si se admite que el caso propuesto entra bajo la prohibicion de las donaciones entre esposos, esto puede entenderse de dos maneras: directamente, en cuyo caso la usucapion no podría tener lugar; é indirectamente, en cuyo caso la usucapion produciría sus efectos acostumbrados, pero el marido podría reclamar el valor de la cosa por medio de una *conditio*.

La primera hipótesis es completamente inadmisible, porque la prohibicion de la donacion, todo lo más que puede hacer, es producir un efecto contrario al que hubiese tenido el acto que contiene la donacion; de manera, que si esto se verifica por via de mancipacion, se considera que esta mancipacion no ha tenido lugar. Así, en el caso propuesto, la inaccion del marido no podría producir más efectos que los que hubiera producido el acto de que se abstuvo. Ahora bien, ¿que podía hacer el marido? Estando prohibida la expulsion debería ejercitar contra su mujer una reivindicacion. Pero la reivindicacion no impide que el tiempo de la usucapion principie á correr; y únicamente podría el demandante, en el caso de que se reconociera fundada su accion, hacerse restituir la propiedad que ha perdido *(b)*; luego la omision de la reivindicacion no puede producir mayores resultados que los que hubiera producido el ejercicio de la misma reivindicacion *(c)*. Respecto al no uso de las servidumbres, la solucion es muy diferente. En este punto, lo contrario de la inaccion, es decir, un solo acto ejercitado ántes de la espiracion del plazo hubiera impedido indefectiblemente la pérdida de la servidumbre; y, sin embargo, la omision del mismo no impide esta pérdida (Num. II). Cuanta menos eficacia no debe tener, por consiguiente, la falta de ejercicio en materia de usucapion!

(*a*) Había indicado en el Zeitschrift, este argumento que abandono hoy.

(*b*) L. 18, de reivind. (VI, 1). «Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim, ne eum vel pignoraverit vel manumiserit.» El demandante tiene, pues, simplemente un crédito obligatorio, fundado en la *litis contestatio*. Si despues del plazo de la usucapion podía el poseedor válidamente dar en prenda al esclavo ó manumitirlo, es claro que había adquirido la propiedad sobre él.—Probablemente, en lugar de *tradere*, hubo de escribir *mancipare* el jurisconsulto autor de este texto.

(*c*) Independientemente del juicio y de la ejecucion que pueden sobrevenir, pero que desde luego son resultados inciertos que no dependen de la voluntad del hombre.

En cuanto á la segunda hipótesis, parece que debiera admitirse, por analogía con la pérdida de la servidumbre por el no uso, (Num. II) el efecto indirecto de la prohibicion, es decir, la restitucion de la cosa, por medio de una *conditio*. Sin embargo, no lo creo así. La diferencia esencial entre ambos casos consiste en que la falta de ejercicio es la causa única y necesaria de la pérdida de la servidumbre, y no lo es, en manera alguna, de la pérdida de la propiedad en el caso de usucapion. En efecto, la servidumbre se extingue indefectiblemente por la falta de ejercicio, aunque el propietario no estuviese en posesion de la cosa *(d)*; y de igual manera, subsiste indefectiblemente si ha sido ejercitada una sola vez ántes de que termine el plazo; la usucapion, por el contrario, puede ser suspendida independientemente de la falta de ejercicio del propietario, como, por ejemplo, cuando la mujer es accidentalmente desposeida. Por otra parte, las gestiones del marido no bastan ciertamente para evitar la pérdida de la propiedad, pues aun ejercitando la reivindicacion puede perder el pleito, ya sea por falta de pruebas, ya por error ó prevaricacion del juez. La inaccion del marido no constituye, por tanto, como el no uso de la servidumbre, la enajenacion directa de un derecho de bienes; de donde se deduce que no puede motivar una *conditio (e)*.

VII.

2. La mujer que posee y está cumpliendo la usucapion es la única que conoce la propiedad corespondiente al marido. En este caso, evidentemente no hay donacion, porque la voluntad del donante, condicion indispensable para toda donacion, no existe, y, segun el derecho romano, nada hay entónces que detenga la usucapion. Sin embargo, al descubrir la mujer la propiedad de su marido cesa de poseer de buena fé, y como el derecho canónico, derogando en esto el derecho romano, exije la buena fé, no sólo al principio de la posesion sino durante todo el plazo legal, resul-

---

(*d*) No sucede lo mismo en las *servitutes prœdiorum urbanorum*, porque, independientemente del *non usus*, su pérdida necesita una *libertatis usucapio* especial. L. 32, § 1, de serv, prœd. urb. (VIII, 2).

(*e*) Podría objetarse que, segun la L. 16 de fundo dot. (XXIII, 5), el marido es responsable de la omision de la reivindicacion, y que por este hecho queda sometido á la *dotis actio* (rem periculi sui fecit, véase núm. IV); pero esta responsabilidad se funda en una culpa, y cuando haya de apreciarse ésta, debe tomarse en consideracion el resultado probable de la reivindicacion. Así es que el carácter jurídico de la donacion no existe sino cuando el beneficio depende necesaria y exclusivamente de un acto ó de una tolerancia del donante, de manera que sin este acto ó esta tolerancia hubiera de desaparecer necesariamente el beneficio.

ta la usucapion imposible. Mas nada de esto tiene relacion alguna con la prohibicion de donaciones entre esposos.

VIII.

3. Por último, la propiedad del marido es conocida por ambos cónyuges, los cuales se entienden entre sí para continuar la posesion y la usucapion.

En este punto podría objetarse tambien la mala fé de la mujer, puesto que ella conoce al verdadero propietario. Esta circunstancia no impediría por sí sola la usucapion, puesto que el propietario consiente tambien en la continuacion de la posesion; pero aquí nos sale al paso la prohibicion de las donaciones entre esposos, que es la que realmente hace imposible dicha usucapion.

He aquí desenvuelta la relacion de derecho que se origina en semejante caso. Conociendo ambos cónyuges la propiedad del marido, puede éste recobrar desde luego la posesion, pero como renuncia voluntariamente á esta facultad, semejante renuncia constituye una donacion verdadera. Se supone que la mujer ha restituido la cosa á su marido y que inmediatamente despues la ha recibido de su manos. Es la misma combinacion que se reproduce en otras circunstancias. Cuando un extraño está en posesion de una cosa que me pertenece y quiero transferirle la propiedad de ella, á título de venta ó de donacion, puedo hacerlo sin necesidad de ningun acto exterior aparente *(a)*; semejante objeto se consigue por medio de un *constitutum possessorium,* inmediatamente seguido de una *brevimanu traditio*. Se puede decir, con este motivo, lo que dice Ulpiano del caso en que encargo á mi deudor de pagar á un tercero el dinero que aquél me debe: se supone que el dinero me ha sido entregado desde luego por mi deudor y que inmediatamente despues yo lo he entregado á este tercero; «nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari *(b)*.»

Así, pues, en nuestro caso se estima que la mujer ha entregado efectivamente la cosa á su marido, á quien reconoce como propietario, y que enseguida la ha recibido de manos de éste, á título de donacion. La restitucion de la cosa interrumpe la usucapion comenzada, y su nueva entrega haría comenzar una *pro donato usucapio,* si esta donacion, como acto nulo, no fuera incapaz de valer

---

(a) L 21, § 1, de adqu. rer. dom. (XLI, 41). «Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse: fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit.» De igual modo se lee en la L. 46 de reivind.: «dominium *statim* ad possessorem pertinet.»

(b) L. 3, § 12, de don. int. vir. (XXIV, 1).

como *justa causa.* De manera que, en semejante circunstancia, la usucapion de la mujer es imposible.

A primera vista podría creerse que, en este caso al ménos, la la simple omision del marido constituye la donacion; pero, en realidad, ésta resulta de un acto positivo, sólo que este acto ha tratado de ocultarse.

El mismo motivo viene á confirmar la decision inversa del primer caso (núm. VI). En efecto, cualquiera que sea la influencia que se quiera atribuir al descubrimiento hecho por el marido sólo y á voluntad de éste, habrá de reconocerse, al ménos, que por ello no se interrumpe la posesion de la mujer; y hemos visto que la interrupcion de esta posesion es precisamente la que en el tercer caso hace imposible la combinacion y el término de la usucapion.

IX.

Despues de haber examinado estos diferentes casos, segun los principios generales, voy á mostrar la confirmacion de los resultados obtenides en nuestro texto de la L. 44, de don; int. vir. La primera parte contiene la proposicion evidente de que la usucapion de la mujer no experimenta la menor dificultad cuando ninguna de las partes conoce la propiedad del marido. Vienen en seguida, segun mi manera de dividir y de interpretar el texto, los dos últimos de los tres casos arriba enumerados, primero el tercero y despues el segundo; el primero se ha pasado en silencio.

He aquí la parte del texto relativa al tercer caso: «Sed si vir nescierit suam rem esse pricusquam usucapiatur, vindicare queam nec poterit nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factæ donationis.»

Encuentro en estas palabras la confirmacion completa de la combinacion desenvuelta mas arriba (núm. VIII). Como se estima que la mujer ha restituido á su marido y que en seguida la ha vuelso a recibir de él, su posesion anterior está realmente interrumpida (interrumpetur possessio). La antigua *causa possidendi,* esto es, la donacion lícita del tercero, cesa de obrar y es reemplazada por una nueva posesion que tiene una causa nueva, á saber: la donacion prohibida entre esposos, donacion que no puede servir de báse á la usucapion *(transiit* in causam ab eo factæ donationis).

Viene despues el exámen del segundo caso (Núm. VIII), concebido de la siguiente manera: Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii ejus adferat impedimentum: non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factæ, adquirere prohibitæ sunt. Es decir; si la propiedad del

marido no es conocida más que de la mujer (*a*), esto no impide la usucapion, porque no está prohibido á la mujer el adquirir bienes pertenecientes á su marido; únicamente se le prohibe adquirirlos á título de donacion, y aquí la ignorancia del marido es incompatible con la idea de donacion.

Nuestro texto no habla del primer caso, esto es, aquél en que el marido es el único que conoce su carácter de propietario; pero debe creerse que en este caso, como en el segundo de que acabo de hablar, admite Neracio la usucapion, pues de otra manera no hubiera expuesto como condicion para la negativa de la usucapion la connivencia de la mujer (*et hoc et mulier noverit*), puesto que, en la opinion contraria, esta circunstancia sería indiferente.

X.

La puntuacion que en este texto he adoptado, difiere de la usada generalmente, que es como sigue: quia transiit causam ab eo factæ donationis ipsius mulieris scientia. Propius est ut nullum... adferat impedimentum.

Puntuado de esta manera, la última mitad del texto no hablaría de dos casos diferentes, sino de uno solo, esto es, aquél en que los dos esposos están en connivencia. Pero como esta puntuacion haría aparecer una contradiccion entre el *interrumpetur possessio* y las palabras *nullum... adferat impedimentum*, la mayor parte de los autores, despues de *mulieris scientia*, han sustituido al punto un punto de interrogacion. Las palabras *interrumpetur possessio* se convierten así en una simple pregunta, á la cual contesta negativamente el resto del texto, lo cual ciertamente destruye la contradiccion, pero conduce á un resultado enteramente contrario al mio. He tratado de demostrar en mi disertacion (Núm. V, *a*), cuán poco satisfactoria puede ser la interpretacion obtenida de esta manera de puntuar.

Recientemente un diario publicado en Heidelberg, al hacer la crítica de mi disertacion, ha adoptado la puntuacion ordinaria, y voy á examinar el sentido que da á nuestro texto. Segun él, la donacion del tercero continúa subsistiendo, y la usucapion á quien sirve de base atribuye efectivamente la propiedad á la mujer. Existe además donacion real del marido á la mujer (*a*), donacion

---

(*a*) Así pues, *ipsius* se emplea aquí por *solius* y es, por consiguiente opuesto á *utriusque*. De la mencion de otros textos resulta indudable esta significacion de ipse. Véase 17, § 2, de prœscr. verb. (XIX, 5); L. 21, de damno infesto (XXXIX, 2); Gayo, I. § 190; Ulpiano, XIX, § 7.

(*a*) La crítica (p. 108. 109) se vé forzada á admitir la donacion real del marido, á causa de las palabras *quia* transiit, que no expresan una

que no motiva la usucapion, pero que no es obstáculo para ella. No puedo admitir esta interpretacion por dos motivos. Desde luego se encuentra en contradiccion con la palabra *transiit*, palabra que no puede ser empleada sino cuando desaparece una relacion dando lugar á otra, y de ninguna manera cuando existen ámbas concurrentemente. Así, por ejemplo, con motivo de la novacion, se dice exactamente que la deuda *transit in expromissorem;* pero respecto de la caucion no podrá decirse *transit in fidejussorem*. Además no se muestra en este sistema como se verifica el enriquecimiento de la mujer por la donacion del marido. Esta en efecto, debe á la donacion hecha por el tercero la *bonae fidei possessio* y la usucapion que es su consecuencia; nada, por tanto, queda que pueda deber la mujer á la liberalidad del marido, nada que nos autorice á admitir la existencia de una donacion hecha por èste, y que sin embargo reconocía formalmente Neracio. Todo lo que semejante interpretacion atribuye à la mujer, lo tendría ésta igualmente en el caso de que el marido no hubiese conocido su carácter de propietario.

XI.

La prescripcion de las acciones nos ofrece otra omision, por la cual puede un esposo enriquecer á su cónyuge. ¿Si el marido acreedor de su mujer deja prescribir su crédito, hace una donacion prohibida?

Sobre este punto no tenemos en las fuentes decision expresa. Si nos atenemos á la analogía con la usucapion, debemos decir que nada tiene en este caso el curso de la prescripcion, y que el deudor adquiere realmente la *temporalis præscriptio*. Debemos añadir que, como sucede en la materia de usucapion, no es en este punto cierto el enriquecimiento indirecto, porque pudiéndose intentar la accion, el resultado es siempre dudoso. Además, el caso en que la intérrupcion de la posesion detiene la usucapion comenzada (número VIII), no puede presentarse respecto de la prescripcion de acciones. Hé aquí todavía un argumento en favor de esta doctrina. Se ha visto (§ 149, *a, i*), que el pago ó la novacion de una *naturalis obligatio*, no constituye una donacion; luego no produciendo la prescripcion de las acciones otro efecto que convertir una *civilis obligatio en naturalis*, esta trasformacion inversa no debe ser tampoco considerada como una donacion (*a*).

---

hipótesis (como, por ejemplo, el *quasi transeat*) sino una asercion, y, por tanto, no pueden referirse á una proposicion condicional.

(*a*) Este argumento no es enteramente perentorio. Independientemente de los medios de coaccion accidentales, la *naturalis obligatio* encuentra su sancion en la lealtad del deudor; y así es que el pago vo-

Podría tambien considerarse el asunto bajo otro punto de vista. Cuando un deudor insolvente deja voluntariamente que prescriba un crédito que le pertenezca, el acreedor perjudicado puede ejercitar la *Pauliana actio* contra el deudor libre, y lo mismo puede decirse respecto de la *Faviana* (*b*), regla que parece indicar el reconocimiento de una enajenacion verdadera. Sin embargo, la analogía no es decisiva, porque, respecto de las dos acciones de que acabo de hablar, la mala fé del deudor ó del emancipado puede motivar perfectamente un rigor más grande.

XII.

En el antiguo procedimiento, el poseedor de un derecho podía perder su accion si dejaba cumplir la prescripcion del procedimiento, ó si no comparecía en justicia (*a*). Segun los motivos que acabamos de desenvolver respecto de la prescripcion de las acciones, estas omisiones no deben ser consideradas como donaciones.

XIII.

Pero cuando el poseedor de un derecho deja voluntariamente rechazar su accion por una excepcion de su adversario, es decir, que descuida oponer á la excepcion una defensa fundada en derecho, esto constituye una donacion verdadera, susceptible entre esposos de ser revocada por medio de la *condictio* (*a*). De igual manera, en el caso inverso, dejarse condenar por no presentar una excepcion legítima, es un medio indirecto de contraer una deuda para enriquecer á su adversario (V. § 157, *o*, *p*).

Hé aquí lo que distingue este caso de aquéllos en que se deja cumplir la prescripcion de las acciones. Se considera el procedimiento como un todo indivisible en donde no pueden ser separadamente considerados los actos y las omisiones. Así pues, es pre-

---

luntario ó la novacion se consideran como un pago ordinario y no como una donacion. Pero cuando el acreedor deja que se cumpla la prescripcion y bajo esta forma hace remision de su crédito, no hay motivo alguno que obligue al deudor á pagar expontáneamente su deuda.

(*b*) L. 3, § 1, quœ in fraud. (XLII, 8): «vel a debitore non petit, ut tempore liberetur». L. 1, § 7, 8, si quid in fraud. (XXXVII, 5) véase § 145, *u*.

(*a*) Estos casos resultan enumerados con motivo de la *Pauliana*, L. 3, § 1, quœ in fraud. (XLII, 8):... «si forté data opera ad judicium non adfuit, vel litem mori patiatur.» Sobre el *litem mori*, véase Gayo, IV, § 105. 106.

(*a*) L. 5, § 7, de don. int. vir. (XXIV, 1). Véase § 158, *k*, *l*. Semejante medio, en efecto, no es más que una forma que puede presentar la remision de la deuda.

ciso admitir siempre que por la manera de dirigir el procedimiento, es decir, en virtud de un acto positivo, la parte ha perdido voluntariamente el pleito.

XIV.

Merece tambien una mencion particular la regla del antiguo derecho que limita á dos años el que tiene el acreedor contra las cauciones, de manera que, despues de este plazo, quedan estas canceladas *ipso jure* (*a*).

Si, pues, el marido otorgaba una caucion por un tercero, deudor de su mujer, y ésta dejaba voluntariamente pasar los dos años sin ejercitar su accion, su silencio equivalía á una remision de la garantía y podía, por consiguiente, ser considerado como donacion. Este caso tiene mucha analogía con la pérdida de la servidumbre por el no uso, pérdida que tenía lugar igualmente *ipso jure* y que se considera como donacion (núm. II). Sin embargo, en el caso que nos ocupa no hay donacion, porque no la constituye nunca la remision de una garantía (§ 158).

XV.

Lo que acabo de decir respecto del efecto que produce entre esposos la donacion por simples omisiones, debe ahora ser aplicado á la insinuacion y á la revocacion de las donaciones. En este punto tambien debe negarse el carácter de donacion á la mayor parte de los casos de simples omisiones; pero allí donde se considera existente la donacion entre esposos, hay lugar igualmente á la insinuacion y á la revocacion. Así, en el caso de la pérdida voluntaria de una servidumbre por el no uso, si su valor excede de quinientos ducados puede reclamarse contra ella, como donada irregularmente y puede tambien ser revocada por causa de ingratitud del donatario. Lo mismo debe decirse respecto al caso en que, durante el curso de una usucapion, el propietario y el poseedor tienen conocimiento de la naturaleza de sus derechos y se ponen de acuerdo para dejar cumplir la usucapion. En semejante caso tiene siempre lugar la revocacion por causa de ingratitud y si la cosa vale más de quinientos ducados la donacion es nula en cuanto al exceso.

(*a*) Gayo, III, § 121.

APÉNDICE X.

INFLUENCIA DE LA DONACION SOBRE LOS TERCEROS.

(§§ CLVII, CLVIII, CLXIII, CLXVII, CLXIX.)

Etiam per interpositam personam donatio consumari potest, dice Paulo en la L 4, de don. (XXXIX, 5). Tomado literalmente este texto pedría referirse al simple concurso de una persona extraña á la ejecucion de la donacion, cuando el donante hace entregar ó el donatario hace recibir la cosa donada por un intermediario. Sin embargo, debe mas bien entenderse que este texto se refiere al caso en que la donacion se verifica por medio de un acto jurídico realizado con una tercera persona. Cuando un acto de esta especie se relaciona con una regla de derecho que prohiba la donacion, como, por ejemplo, si tiene por objeto enriquecer á uno de los esposos, ocurre la cuestion de saber si la regla de derecho anula ó deja subsistente el acto verificado con este tercero. Voy, desde luego, á referir las decisiones formales relativas á esta cuestion contenidas en las fuentes del derecho, y despues me ocuparé de las aplicaciones que no se mencionan en dichas fuentes.

II.

Respecto á las donaciones entre esposos, vemos declarado el principio general de que el acto jurídico realizado con el concurso del tercero es igualmente nulo (*a*).

(*a*) L. 5, § 2, de don int. vir. (XXIV, 1) «Generaliter tenendum est quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, *aut per interpositas personas donationis causa agatur*, non valere.»—Heldewier, de donatione inter conjuges paralium facta prohibita. Lugd. Bat., 1777, 4, pero de una mara demasiado exclusiva.

Hé aquí la más sencilla aplicacion de este principio. El marido gratifica á su mujer encargándose de pagar una de sus deudas. Aquí todo es igualmente nulo, tanto la obligacion del marido respecto del acreedor, como la liberacion de la mujer; y las cosas permanecen en el mismo estado que ántes (*b*). No era absolutamente indispensable la nulidad para el mantenimiento de la prohibicion, pues se podían admitir como válidas la obligacion y la liberacion, y conceder solamente al marido una *condictio* contra su mujer, de igual manera que si le hubiera donado dinero contante. La nulidad, sin embargo, es expediente más directo y seguro, porque circunstancias accidentales, como por ejemplo, la insolvencia de la mujer, podían hacer ilusoria la prohibicion.

III.

Lo mismo sucede cuando la donacion resulta de la transferencia de un crédito, es decir, cuando el marido encarga á un deudor suyo que se obligue respecto de su mujer. En este punto tambien todo es nulo, pues el deudor no resulta libre respecto del marido, ni obligado respecto de la mujer (*a*).

Esta clase de actos jurídicos ha recibido un desenvolvimiento notable. Cuando, en otros casos de nulidad, se hace un pago por error, el pago, válido en sí, transfiere la propiedad del dinero y solo le queda al deudor una *condictio indebiti* en restitucion de otra suma igual (*b*). En el presente caso sucede de otra manera. Cuando por órden del marido el deudor paga á la mujer, el pago es nulo; en tanto que la suma pagada exista naturalmente el deudor puede ejercitar la reivindicacion, y le corresponde la *condictio* cuando la suma ha sido consumida; pero este pago no lo liberta *ipso jure* respecto del marido. Sin embargo, como ha pagado cumpliendo la voluntad del marido, puede oponer á su reclamacion una *doli exceptio*, cediéndole su derecho de reivindicacion. Respecto de

---

(*b*) L. 5, § 4, de don. int. vir. (XXIV, 1). «Si uxor viri creditori donationis causa promiserit et fidejussorem dederit, neque virum liberari, neque mulierem obligari vel fidejussorem ejus, Julianus ait: perindeque haberi ac si nihil promisisset.»

(*a*) L. 5, § 3, de don. int. vir. (XXIV, 1): «Si debitor viri pecuniam, jussu mariti, uxori promiserit, nihil agitur.» L. 39, eod.: «Respondi, inanem fuisse eam stipulationem.» Lo mismo sucede cuando la persona delegada no es deudora del marido, sino que promete por su órden al otro esposo, adquiriendo así contra el donante una *actio mandati*. Tal es el caso de la L. 52, § 1 eod. (pero mucho más complicado, porque existe al mismo tiempo una *mortis causa donatio*): «...defuncto viro, viva muliere, stipulatio solvitur... nam quo casu inter exteros condictio nascitur, *inter maritos nihil agitur*.» Véase § 157, *s* 1; § 171, *m*.

(*b*) L. 23, pr., § 1, 2; L. 41, de cond. indeb. (XII, 6).

la *condictio* no tenía el marido necesidad de cesion alguna, porque habiéndose enriquecido la mujer á sus expensas con las sumas consumidas (pero no disipadas), le corresponde directamente dicha *condictio* contra ella (*c*). Esta consecuencia especial del pago de una deuda contraida ilegalmente se extiende al caso mencionado más arriba (núm. II), esto es, al caso en que la donacion debía resultar de la liberacion de la mujer.

IV.

Cuando un marido, con el objeto de gratificar á su mujer, encarga á un deudor de pagarle á ella la deuda, parece que este deudor debería permanecer obligado y con el derecho de reivindicar de la mujer la suma pagada. Pero en este caso no sucede así, por consecuencia del desenvolvimiento más libre introducido en materia de posesion. Se estima que la suma ha sido pagada por el deudor al marido y que éste la ha entregado inmediatamente á su mujer, por cuya razon el deudor se encuentra libre y el marido tiene contra su mujer las vías ordinarias del derecho (*a*). De igual manera, si el marido encarga, no á un deudor, sino á un tercero que quiere gratificarle que entregue el objeto de la donacion á su mujer, el marido es enseguida propietario de la suma y puede reclamarla de su mujer (*b*). Lo mismo sería cuando la cosa había sido entregada á la mujer, no por un deudor ó un donante, sino por un simple mandatario del marido (*c*).

Por la misma regla se rige el caso en que el marido paga al acreedor de su mujer con el fin de hacer á éste una donacion. Se-

---

(*c*) Esto es lo que resulta del notable texto de Juliano, L. 39, de don. int. vir. (XXIV, 1), que he citado al principio de la nota *a*.

(*a*) L. 3, § 12, de don. int. vir. (XXIV, 1), de Ulpiano que invoca la autoridad de Celso (el jóven). Con este motivo la L. 26, pr. eod., dice únicamente que la mujer no tiene la posesion civil (y por tanto, ménos áun la propiedad); pero no dice á quien pertenece la propiedad.—Podría considerarse como contradictoria la L. 39, eod. (Num. III), segun la cual el deudor se hace propietario del dinero; pero ha de advertirse que el deudor ha pagado para extinguir una obligacion que creía válida y no por órden del marido, y por consiguiente, no hubo intencion de hacer al marido poseedor y propietario del dinero, intencion que tenía que ser la base de este *constitutum possessorium*.

(*b*) L. 3, § 13, de don. int. vir. (XXIV, 1) de Ulpiano que invoca la autoridad de Juliano. En la L. 4, eod., Juliano dice otro tanto con motivo de un caso en que el tercero quiere hacer al marido una donacion *mortis causa*. El mismo caso se repite tambien en la L. 56, eod.; pero Scevola se contenta con declarar nula la tradicion hecha á la mujer, sin hablar de la cuestion de propiedad.

(*c*) L. 52, § 1, de don. int. vir. (XXIV, 1), «...ut traditio, quæ mandante uxore mortis causa facta est.» Véase Num. III, *a*, y § 157, *s* 1.

gun el rigor del antiguo derecho, semejante acto estaría herido de nulidad, la mujer permanecería deudora y el marido podía recobrar su dinero por medio de la reivindicacion ó de la *condictio*. Segun la doctrina más libre de que acabo de hablar, se supone que el dinero ha sido trasmitido por el marido á la mujer, y por la mujer al acreedor. La mujer ha adquirido, pues, la posesion, pero no la propiedad del dinero; de manera que, habiendo pagado á su acreedor con el dinero de otro, este pago no resulta válido miéntras que no se haya consumido el dinero (*d*). En su consecuencia, el marido puede reivindicar la suma en tanto que el acreedor la conserve naturalmente; una vez gastada la suma, la mujer queda libre de su deuda y el marido tiene contra ella la *condictio* ordinaria, como en todos los demás casos en que la mujer se enriquece á sus expensas. Si este caso no se ha mencionado, como lo ha sido el precedente, en las fuentes del derecho, esta omision es puramente accidental.

V.

Hé aquí, sin embargo un texto de Africano que parece contradecir las reglas que acabo de sentar.

L 38, § 1, de solut. (XLVI, 3): Si debitorem meum jusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere, et debitor ignorans solverit: ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius munus acceperit, ut eos lucretur: alioquim, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris: et ideo liberationem quidem ipso jure non posse contingere debitori exceptione tamen eum succuri æquum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet mihi præstare: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus, debitorem suum jubeat solvere. Nam ibi quoque, quia muni mulieris non finunt, debitorem non liberari: sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet præstet (*a*).

Furti tamen actionem in proposito (*b*) mihi post divortium (*c*)

(*d*) L. 17, de solut. (XLVI, 3); L. 19, § 1, de reb. cred. (XII, 1).

(*a*) En la edicion de Gœtinga y en las ediciones modernas estas últimas palabras (si condictionem... præstet) se han impreso equivocadamente formando parte de la fórmula de la excepcion. Las excepciones se redactaban negativamente, como nos lo enseña Gayo, IV, § 119, testimonio confirmado por ejemplos numerosos del Digesto. Aquí la excepcion no es otra que la *doli exceptio*.

(*b*) *In propósito*, es decir en el caso que forma el objeto especial de todo el texto. El caso de la donacion entre esposos se cita sólo como término de comparacion.

(*c*) Las palabras *post divortium* hacen ininteligible la frase, pues no

competituram, quando mea intersit interceptos numos non esse.

Africano habla al principio y al fin de este texto de un caso extraño á la presente indagacion. En el pasage que acabo de transcribir el caso de la donacion entre esposos se cita solamente como término de comparacion. Dice á éste respecto que el deudor del marido que paga por órden de éste á la mujer no se libra respecto del marido, sino que tiene solamente una *condictio* contra la mujer (*d*), y que, para quedar libre respecto del marido, no tiene otro medio que el de cederle su accion, es decir, una *exceptio*.

Esta decision se encuentra en contradiccion directa con los textos de Celso, de Juliano y de Ulpiano, segun los cuales el pago hecho por el deudor trasfiere de una manera invisible la posesion y propiedad de la suma al marido y por consiguicnte, extingue definitivamente la deuda. Vemos, pues, que Africano atribuye al *constitutum possessorium* ménos influencia que los otros jurisconsultos citados. Su doctrina nos ės conocida precisamente por otra cuestion de derecho tambien notable. Cuando un acreedor encarga á un deudor que haga el pago á un tercero, el cual recibe la suma á título de préstamo, el acto constituye un préstamo verdadero, de igual manera que cuando el mandatario recibe del mandante la órden de conservar como préstamo el dinero que debiera pagar por consecuencia del mandato. Africano admitía en el primer caso la existencia del préstamo como un *benigne receptum*, y la negaba en el segundo (*e*); Ulpiano la admite tambien en el segundo, porque no se podría sin inconsecuencia prohibir al acreedor que hiciese por medio de una sola persona lo que hubiera podido hacer por medio de dos personas, sin necesidad de ningun acto exterior (*f*). Vemos, pues, aquí como acrecienta progresivamente la

---

se refieren al primer caso, en donde no se trata del matrimonio, ni al segundo, en donde no se habla de la posibilidad de un robo. Constituyen evidentemente una interpolacion desdichada de los compiladores, que por demasiada precipitacion se han referido al ejemplo citado al fin del texto, no en vista de una modificacion, sino para apoyarse en el principio de que durante la duracion del matrimonio no hay lugár á la *furti actio*. Así es como la glosa entiende las citadas palabras, por mas que no tuviese idea cierta de la interpolacion.—Por lo demás, el conjunto de esta interpretacion, no es mio, sino de Aut. Faber, Conjectur. III, 19.

(*d*) Bajo el supuesto de que el dinero hubiera sido gastado; en el caso de que estuviese en poder de la muger Africano hubiera reconocido en el deudor su derecho de reivindicacion.

(*e*) L. 34, pr. mandati (XVII, 1).

(*f*) L. 15, de reb. cred. (XII, 1). Véase § 44, *s*.—Las L. 11, pr, de rebus cred. (XII, 1): 3, § 3, ad Sc. Maced. (XIV, 6); 8, C. si certum pet. (IV, 2) admiten tambien que, independientemente de una suma de dinero, el préstamo puede consistir en una cosa que el deudor quede encargado de vender, y, por consiguiente, están de igual modo en contradiccion con la L. 34, pr. mandati (XVI, 1).

influencia del *constitutum possessorium* sobre los actos jurídicos. Pero el desenvolvimiento más grande de esta institucion debe considerarse, sin duda alguna, como el último resultado y como la expresion definitiva de la legislacion entera (*g*). Y si los redactores del Digesto han emitido opiniones más restringidas de los antiguos jurisconsultos no debe atribuirse más que á una inadvertencia ó á una simple enseñanza sobre la historia interna del derecho.

VI.

Paso á hablar de otra consecuencia de la donacion. El que habiendo prometido donar es demandado para la ejecucion de su promesa, tiene contra esta demanda una *doli exceptio*, y puede en su consecuencia reclamar lo que se llama el *beneficium competentiæ* (§ 157 L). Ahora bien, la promesa puede no haberse hecho directamente al donatario sino á un tercero delegado por éste, como por ejemplo, uno de sus acreedores ú otra persona á quien quiera á su vez gratificar; y si uno de estos terceros demanda al donante en virtud del contrato realizado con él, no puede el donante para defenderse interponer la *doli exceptio* (*a*); así, pues, el acto jurídico realizado con un tercero quita á la donacion el efecto especial arriba mencionado.

VII.

Bajo el imperio del antiguo derecho el que prometía una donacion que excediese de los límites fijados por la Lex Cincia, disponía de una excepcion contra la accion del donatario (§ 165); pero si la donacion no había sido directamente prometida y resultaba de una delegacion, aquella excepcion no era admitida contra la accion que engendraba la novacion. Así acontecía en los dos casos siguientes:

1. Cuando el donante se obligaba respecto del acreedor del donatario. Entónces no cabía la excepcion contra la demanda de éste, sino solamente una *condictio* contra el deudor primitivo, para hacerse declarar libre de la deuda, ó hacerse restituir la suma, si la deuda se había extinguido (*a*).

(*g*) Se podría objetar que Celso y Juliano, los cuales admiten una doctrina ménos rigurosa, son algo más antiguos que Africano. Pero en el desenvolvimiento de las doctrinas no hay época fija, ántes ni despues, en que pueda decirse que están unánimes todas las opiniones. Frecuentemente se necesita un gran espacio de tiempo para que la doctrina nueva, combatida primero, acabe por ser generalmente adoptada.

(*a*) L. 41, pr. de re jud. (XLII, 1); L. 33, § 3, de don. (XXXIX, 5); L. 33, de novat. (XLVI, 2).—Véase § 157, *s w*, y § 158, *q*.

(*a*) L. 5, § 5, de doli exc. (XLIV, 4).

2. Cuando el donante delegaba en el donatario el cobro de una deuda. El deudor no tenía en este caso ninguna excepcion; pero el donante podía, ántes del pago, intentar una accion de rescision, contra el deudor, y si la deuda había sido pagada, una accion contra el donatario, para hacerse restituir la suma (*b*).

Todo esto resultaba de la doctrina de los Sabinianos, la cual, segun los textos que se han citado, parece haber obtenido la preferencia. Los Proculeyanos, por el contrario, consideraban la excepcion como una *popularis exceptio*, y por consiguiente no la rehusaban nunca al demandado (*c*).

VIII.

Segun las diversas decisiones que acabó de mencionar parece que puede sentarse la siguiente regla: cuando la restriccion de la donacion se verifica *ipso jure*, es decir, cuando entraña una nulidad absoluta, esta nulidad hiere igualmente los actos realizados con personas extrañas y destinados á efectuar la donacion (número II, III), la excepcion á esta regla (núm. IV), no es más que aparente. Descansa en el *constitutum possessorium*, y las simples modificaciones que la posesion experimenta no caen, en general, bajo las restricciones positivas de la donacion (§ 149, C1).

Cuando, por el contrario, la restriccion tiene lugar por excepcion, ésta no se estiende en manera alguna á los actos jurídicos realizados con un tercero en vista de la donacion (núm. VI, VII). Existe tambien una excepcion aparente á esta regla, cuando el donante delega en el donatario, contra el que erróneamente cree que es su deudor. Este último tiene entónces contra el donatario la la misma *doli exceptio* que le hubiese correspondido contra el donante, si se hubiera verificado la novacion (*a*). Llamo aparente á esta excepcion, porque no se refiere á la naturaleza especial de la donacion, sino á un principio más general, igualmente aplicable á este acto que á otros muy diferentes (*b*).

(*b*) L. 21, § 1, de donat. (XXXIX, 5).

(*c*) Fragm. Vat., § 226: «,.. nam semper exceptione Cinciœ uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculiani contra tabulas (*sabinianos?*) putant etiam quivis, quasi popularis sit hœc exceptio.»

(*a*) L. 2, § 3 de donat, (XXXIX, 5; L. 7, pr. de doli exc. (XLIV, 4).

(*b*) Hé aquí el principio general: el delegado debe sufrir las consecuencias de la excepcion, siempre que la delegacion no le haya costado nada. L. 4, § 31, de doli exc. (XLIV, 4) como por ejemplo, si la delegacion le ha sido donada ó dada en pago de un crédito informal que tuviese contra el delegante. L. 2, § de don (XXXIX, 5); L. 7 de doli exc. (XLIV; 4). Cuando la delegacion tiene por objeto un crédito formal, cesa de tener lugar la excepcion. L. 12, 13, de novat. (XLVI, 2.)

IX.

Paso ahora á las restricciones de la donacion cuya influencia sobre los actos realizados con un tercero no se determina en las fuentes del derecho.

¿Cuando, con el fin de hacer, sin insinuacion, una donacion de 1.500 ducados, el donante se obliga respecto del acreedor del donatario, ó delega en el donatario contra su propio deudor, la nulidad pronunciada respecto á los 1.000 ducados se extiende á este acto jurídico, de manera que no puedan reclamarse más que los 500 ducados, ó bien subsiste el acto por completo, de manera que deban pagarse los 1.500 ducados y que el donante tenga que reclamar los 1.000 del donatario? La diferencia entre ámbas resoluciones puede tener una gran importancia en la práctica, si el donatario llega á ser insolvente poco tiempo despues de la delegacion. A primera vista podría creerse que la cuestion está resuelta por los textos del Digesto citados más arriba (núm. VII) sobre la delegacion en caso de *immodica donatio*, porque estos textos deciden que entre el donante y el donatario, ó entre el donatario y el tercero la *immodica donatio* no tiene efecto alguno. Pero estos textos no hablan expresamente más que de la admisibilidad de una excepcion, principal asunto que ocurría bajo el imperio de la lex Cincia. Ahora bien, el derecho justiniáneo pronuncia la nulidad absoluta en el caso de falta de insinuacion, y pone así este vicio de forma al mismo nivel que la prohibicion de las donaciones entre esposos (§ 167). Debemos, pues, bajo pena de inconsecuencia, aplicarle la regla del derecho romano que rige las donaciones entre esposos (núm. II, III), y considerar los citados textos del Digesto como restos del antiguo derecho, que hubiera valido más omitir, de igual manera que tantos otros. Por otra parte, su aplicacion literal es imposible, puesto que sólo hablan de la procedencia de una excepcion, y, segun el derecho nuevo, no cabe excepcion alguna en semejantes circunstancias. La cuestion se reduce, por tanto, á saber si en vista de esta dificultad, debemos mas bien buscar la consecuencia entre las diversas partes de la legislacion, que aplicar, aún modificándolos mucho, les textos citados del Digesto.

X.

Por último, en lo que toca á la revocacion de la donacion, principalmente por causa de ingratitud, no puede suscitarse duda alguna en nuestro asunto. En este punto todo es válido desde el principio, y sólo más tarde, si expone el donatario una nueva reclamacion. Si, pues, la donacion se había verificado por medio de una delegacion, el acto jurídico realizado con el tercero no es susceptible de ejercer ya influencia alguna.

APÉNDICE XI.

DE LOS NÚMEROS ORDINALES EN LA DESIGNACION DE LOS PLAZOS.

(§ CLXXXII).

I.

La manera más sencilla y ordinaria de designar el intervalo que separa los dos términos de un plazo es el de añadir un número ordinal al nombre de la division de tiempo que sirve de tipo. En este sentido se dice el tercer dia despues del presente, el quinto año despues de tal determinado acontecimiento, para indicar cuantos dias ó años deben mediar entre el dia presente y el acontecimiento á que nos referimos. La misma forma se emplea para designar, no solamente los dos términos de un plazo, sino tambien la vuelta periódica de las divisiones del tiempo, en cuyo caso los Romanos se servían de la expresion tertio *quoque* die, quartus *quisque* annus. Esta manera de contar no se aplica exclusivamente á los plazos, sino que se aplica tambien á la sucesion no interrumpida de objetos de la misma naturaleza, como por ejemplo, cuando se quiere designar el intervalo que separa á dos príncipes en la lista de los soberanos de un país. En todos estos casos se presenta la cuestion de saber cómo debe entenderse el número ordinal, es decir, si el término, la persona, etc., por la cual se empieza á contar está ó no comprendida en el número expresado. Parecerá que ha debido existir en la lengua de cada pueblo una regla fija para destruir toda incertidumbre en esta materia; sin embargo, no sucedió así entre los Romanos, pues emplean indiferentemente las dos maneras de contar, de suerte que los pasajes en que se encuentran estas designaciones ofrecen siempre un sentido dudoso y deben ser consultados con gran precaucion (*a*). Esta es la materia que voy á tratar de fijar valiéndome de citas referentes á los autores Romanos.

(*a*) Unterholzner, Verjährungslehre I. p. 310 es el único autor en

II.

Mencionaré primero los textos y las fórmulas en donde el primer dia, el primer año, etc., están evidentemente comprendidos en el cálculo.

Tales son, en primera línea, varias expresiones pertenecientes al lenguaje usual del calendario. El *dies tertius kalendarum Jan.*, ó *ante kalendas Jan.*, es, como se sabe, el 30 de Diciembre, y esta designacion se explica contando las *kalendæ* por el primer dia, y el *pridie kal.* por el segundo. Lo mismo sucede respecto de los números siguientes, como tambien respecto de los *Idus* y las *Nonæ*. *Nonæ* significa literalmente el noveno dia (ántes de los *Idus*). Ahora bien, como entre estos dos términos no hay más que siete dias, para llamar *Nonæ* al noveno dia, debe necesariamente comprenderse el de los *Idus* en este cálculo (*a*). A esta manera de contar se refiere igualmente la expresion de *Nundinæ* (por *Novendinæ*), es decir, el último de los ocho dias de la semana (*b*), y otro tanto digo del *Trinundinum*, dos semanas romanas, en donde están comprendidas tambien las primeras *Nundinæ* (*c*). En la misma categoría pueden clasificarse el *perendie* ó *perendinus dies*, pasado mañana, llamado tambien *tertius dies*, á causa evidentemente de que se considera como el primero el dia actual, y por consiguiente, se halla comprendido en el cálculo (*d*).

No son ménos decisivos los siguientes textos:

Varron de re rústica, lib. 2, proem: «Itaque annum ita diviserumt ut *nonis* modo diebus urbanas res usurparent, *reliquis septem* ut rura colerent.» Si no hay más que siete dias intermedios y el siguiente se llama noveno, es claro que el dia que les precede está contado tambien (*e*).

Ciceron in Verrun, II, 56: «Quinto quoque anno Sicilia tota censetur. Erat censa prætore Peducæo, quintus annus cum te (Verre) prætore incidisset, censa denuo est. Postero anno L. Metellus mentionem tui censu fieri vetat, Peducæanum observari jubet».— Peducæo había sido pretor durante un año, despues de él Sacerdos

---

que se encuentra formalmente reconocida esta doble manera de contar. Sin embargo, no la ha demostrado, ni ha reconocido toda su importancia. Sólo se sirve de esta distincion para interpretar un texto.

(*a*) Ideler, II, 129.
(*b*) Ideler, II, 136, y los demás que cita.
(*c*) Ideler, II, 137.
(*d*) Ciceron, pro Murena. c. 12. Aulo Gelio, X, 24.
(*e*) Aquí tambien Varron habla de los *nundinæ* (nota *b*), pero sin darle su nombre ordinario y desenvuelve la idea que forma la base de esta division del año.

durante otro año, despues Verres durante tres años, y á éste le sucedió Metelo. El último censo cayó en el tercer año de la pretura de Verres, puesto que Metelo la tomó el año siguiente. Entre este censo y el precedente no hay más que tres años libre, y sin embargo, Ciceron dice que esta vuelta periódica tiene lugar *quinto quoque anno*.

Virgilio, Egl. V, 49: «Alter *ab* illo,» por el primero despues de él, es decir, el segundo, contando al que le precede.

Horat., Serm. II, 3, 193: «Ajax heros, ab Achille *secundus;*« ofrece el mismo sentido que el texto precedente.

Tito Livio, VII, 1: «Dignusque habitus, quem *secundum* a Romulo conditorem urbis Romanæ ferrent.»

Censorino, C. 18, refiere que los juegos olímpicos se celebran *quinto* quoque anno redeunte; y se sabe que estos juegos se celebraban cada cuatro años, es decir, con tres años libres de intervalo.

Aulo Gelio IX, 4: «Item esse compertum et creditum Sauromatas..... cibum capere semper *diebus tertiis medio abstinere.*» Así, pues, ayunaban de dos dias uno, y como los dias en que tomaban alimento son llamados *tertiis,* debe contarse el dia que precede al del ayuno.

Aulo Gelio, XVII, 2: «Quum febrim *quartis diebus* recurrentem laudavit... hæc *biduo medio* intervallata febris...»

Celso, de medicina, III, 3: «Et quartanæ quidem simpliciores sunt... finitaque febre *biduum integrum* est: ita *quarto die* revertitur... Tertianarum vero duo genera sunt: alterum... *unium diem* præstat integrum, *tertio* redit...»

L. 233, § I, de U. S. (L. 16) (Gayo): Post kalendas Januarias die *tertio* pro salute principis vota suscipiuntur.» Ahora bien, sabemos que esto tenía lugar *ante diem* III *Nonas Jan.*, es decir, el 3 de Enero (*f*); así, pues, el *dies kalendarum* es el primer dia por donde se comienza á contar, como sucede en la fórmula ordinaria *ante* kalendas (*g*).

L. 1, quando appellandum (XLIX, 1) (Ulpiano). Se lee primero en el § 9: «Biduum vel triduum appellationis *ex die setentiœ latœ* computandum erit;» es decir, el que quiere apelar tiene para ello

---

(*f*) Véase el Tratado, § 180, *f*.

(*g*) No cito aquí los textos en que, si bien aparece mencionado el *tertio die*, no resulta indudable la computacion que nos ocupa; tales son las L. 1, de glande leg. (XLIII, 8): 9, § 1. ad exhib. (X, 4); 1, § 22, de aqua quot. (XLIII, 20). No dudo de que en los anteriores textos la expresion *tertio die* sea sinónima de *alternis diebus*; pero esta afirmacion no resulta directamente de los textos citados. En el último de ellos aparece tambien *alternis diebus*: pero no es absolutamente cierto que esta locucion se refiera al caso designado precedentemente por *tertio quoque die*.

unas veces dos, otras veces tres dias (V. § 11, 12), comprendiendo el dia de la sentencia. El § 15 prevee el caso de ausencia; «biduum vel triduum *ex quo quis scit* computandum est;» es decir, comprendiendo el dia en que le fué conocida la sentencia. Estos mismos plazos se designan tambien indiferentemente por las expresiones *altera vel tertia die* (§ 6, 12, 13).

Esta manera de contar seguimos nosotros, cuando hablando de algun acontecimiento sucedido la semana precedente en el dia que corresponde á aquél en que estamos, decimos: hace *ocho* dias, pues para que este dia sea el octavo, es preciso contar aquél en que nos encontramos. Los franceses emplean tambien en el mismo sentido la expresion *ocho* dias; pero se muestran más consecuentes que nosotros al designar dos semanas por *quince* dias, mientras que nosotros decimos catorce dias, es decir, que no metemos en cuenta el dia en que estamos. Ciertamente, estas fórmulas no contienen ningun número ordinal, pero reproducen la diferencia que hemos señalado respecto al empleo de los números ordinales.

En igual sentido se dice que Jesucristo resucitó (el domingo) al *tercer* dia despues de crucificado (viernes) y todas las confesiones cristianas, sin distincion de lenguas, reproducen esta locucion.

III.

Voy ahora á mencionar los textos y las fórmulas en donde no se cuenta el primer dia, el primer año, etc.

Se podría citar desde luego la expresion tomada del lenguaje del calendario, *pridie*, que parece la sustraccion de *primo die*; pero como esto presentaría una contradiccion evidente con la fórmula tan semejante de *tertio die*, puede entenderse por *pridie priore* ó *pristino die* (*a*), lo que indicaría solamente la idea de un tiempo pasado, sin enunciacion de número alguno. Hé aquí, por lo demás, textos enteramente decisivos.

Varron, De lingua latina, lib. VI, § 11 (ed. Müller): «Lustrum... tempus quinquenale... quod *quinto quoque anno* vectigalia... persolvebantur.» Segun las formas anteriores de que acabo de hablar (Num II), hubiera debido decir: *sexto quoque anno*.

Ciceron, in Pisonem, C. 5. «Quam potestatem minuere, quo minus de moribus nostris *quinto quoque anno* judicaretur; nemo... conatus est.» Aquí, como en el texto precedente, se trata de la cuestion del censo que se hacía cada cinco años.

Ciceron, acad. Quæst. II, 6: «A Carneade, qui est quartus ab Arcesilas: audivit enim Egesinum, qui Evandrum audierat Lacydis

(*a* Tal es efectivamente la etimología que da Aulo Gelio de ella, X, 24.

discipulum; cum Arcesilæ Lacydes fuisset.» Aquí Arcesilas no se cuenta, y Lacydes es el primero, Evandro el segundo, Egesino el tercero y Carneades el cuarto.

Ciceron, ad Atticum, VI, 1. «Ei (Pompeyo) tamen sic nunc solvitur, *tricessimo, quoque die* talenta Attica XXXIII, et hoc ex tributis, nec id satis efficitur *ad usuram menstruam.*» Cicerom compara evidentemente los intereses mensuales con los pagos que se renuevan cada treinta dias; respecto á estos últimos hay entre dos vencimientos veintinueve dias libres, así pues, no se cuenta el dia que precede al del vencimiento, una vez que éste se designa como *tricesimus.*

César, de Bello Gallico, V, 52: «Cognoscit, non *decimum quemque* esse relictum militem sine vulnere.» En estas apreciaciones generales, en donde no puede pretenderse una exactitud rigurosa, como lo indica ya la palabra *non,* se emplean siempre números redondos. Así, pues, César quiere decir que, de diez soldados, apénas hay uno sin herida; de manera, que si designa por *decimum* quemque á cada soldado no herido, no cuenta al que precede.

Collumella, V, 8: «nam quamvis *non continuis* annis, sed ferè *altero quoque* fructum efferat...» Como aquí *altero quoque* expresa la negacion de una vuelta periódica anual, designa la alternativa de la fertilidad y de la esterilidad, y, por consiguiente, ofrece el mismo sentido que *tertio* quoque anno en los ejemplos citados en el núm. II.

Stacio, Theb, IV, 841: «ab Jove primus honos;» en igual sentido que el *alter* ab illo de Virgilio.

Celso, de medicina, III, 13, 21, 32, IV, 12, donde se lee cuatro veces *altero quoque die* significando el mismo dia que, en el texto citado anteriormente, llamaba *tertius* dies. Si hubiera querido expresar otra cosa hubiese dicho, ciertamente quotidie. Tambien vemos en otro pasaje (III, 21), «utilis quotidianus *aut altero quoque die* post cibum vomitus est,» donde altero quoque die expresa precisamente lo opuesto â quotidianus.

Macrobio, Saturn., I, 13, nos dice que los Griegos añadían, al final de cada período de ocho años, una intercalacion de ocho veces once dias y cuarto, es decir, 90 dias, para poner su año de 354 dias en relacion con el año solar de 365 dias y cuarto; y hé aquí cómo se expresa: ut *octavo quoque anno* nonaginta dies... interkalarent, lo cual, siguiendo la otra manera de contar, hubiera debido expresar por *nono* quoque anno, puesto que hay siete años francos entre dos intercalaciones. Seguidamente añade: los Romanos han imitado á los Griegos, pero equivocadamente, porque no siendo el año romano de 354, sino de 355 dias, *octavo quoque anno* (por nono quoque) interkalantes octo affluebant dies. Más tarde los Romanos corrigieron este error, añadiendo 24 dias despues de cada

periodo de 24 años: *tertio quoque octennio* ita interkalandos dispensabant dies, ut non XC, set LXVI interkalarent, en este punto tambien, siguiendo la otra manera de contar, hubiera debido decir: QUARTO quoque octennio.

A esta segunda manera de contar se refiere la fórmula alemana anteriormente mencionada de hace 14 dias, para designar un hecho acontecido dos semanas ántes del dia actual.

IV.

Esta doble manera de expresarse, cuyos ejemplos acabo de enumerar, resultará más todavía de ciertos casos en que á los mismos Romanos ocasionó graves errores, llamando por esta causa su atencion.

El caso más notable de esta especie pareceria increible si no tuviésemos de él las pruebas más concluyentes. César, cuando la reforma de su calendario, había ordenado que despues de cada período de cuatro años se añadiese un dia intercalar, para poner en relacion el año del calendario, de 365 dias, con el año solar que él creia ser de 365 1[4 dias (*a*). Su edicto se expresaba en los siguientes terminos: ut *quarto quoque anno*... unum interkalarent diem (*b*); de manera que adoptaba la segunda locucion de que acabo de hablar, segun la cual, para designar el año bisiesto no se cuenta el año bisiesto que le precede. Los pontífices encargados de poner en ejecucion el calendario legal entendieron el edicto en el sentido de la primera locucion, con arreglo á la cual, *quarto quoque anno* venía á determinar períodos de tres años, de suerte que quedaban únicamente dos años francos entre los dos bisiextos. Este error increible permaneció desapercibido durante 36 años, en cuyo período se verificaron, por consiguiente, doce intercalaciones, en lugar de nueve. Cuando, por último, reconoció Augusto el error, lo rectificó ordenando que en los tres años bisiextos siguientes no se hiciese intercalacion alguna, y al mismo tiempo fijó para en adelante el verdadero sentido de la intercalacion juliana (*c*).

Cuando la fundacion de varias colonias por los triunviros, Octavio, Antonio y Lepido, la instruccion (*lex*) dada á los agrimensores decia: «Qui conduxerit... a decumano et cardine *quintum quem-*

(*a*) Véanse los detalles que doy sobre este punto en el Tratado, § 179.

(*b*) Macrobio, Saturn. I, 14. Suetonio. Julius, C. 40.

(*c*) Macrobio, Saturn. I, 14, explica el asunto diciendo que equivocadamente se había hecho la intercalacion quarto anno *incipiente*, en lugar de *confecto*, y que, por órden de Augusto, en adelante debía hacerse quinto quoque incipiente anno. Véase Ideler, II, 131.

que (limitem) facito pedes XII, ceteros limites subruncivos (*d*). Aquí el *decumanus* no se cuenta, de manera que entre éste y el *limes* destinado á una mayor extension, debia haber cinco *centuriæ*. Los Agrimensores se engañaron con frecuencia, respecto al sentido de este texto, y, creyendo que el decumanus estaba incluido en el número, colocaron el limes más lejano una centuria más cerca del decumanus. Hyginus explíca este error en los siguientes términos (*e*): Multus limitum constitutiones in errorem deducunt... Sic et de limitibus quintariis, quintum quemque quintarium volunt. Porro autem inter quintum et quintarium interest aliquid. Quintus est, qui quinto loco numeratur; quintarius *qui quinque centurias cludit*. Hunc volunt esse quintum, *qui est sextus* (es decir, segun la primera forma de expresion, en la cual se contaria el decumanus). Nam et legum latoribus (*l. latores*)... sic caverunt, ut a decumanu maximo *quintus quisque* spatio itineris ampliaretur. *Erat sane interpretatio legis hujus ambigua,* nisi eorum temporum formæ (los deslindes usados en tiempo de estos legum latores) *sextum quemque limitem* latiorent haberent... Quum decumanus erat positus, positi sunt deinde *quinque limites,* quorum novissimus factus est latior: his cum decumanus accessit, *sex fiunt.*

Los dos casos de que acabo de hablar, nos dan á conocer como resultado comun, que ciertos actos públicos fueron realizados erróneamente por los magistrados encargados de ejecutarlos, á causa de haber considerado el número ordinal en diferente sentido del que tuvieron los autores de estos textos. No podría darse una prueba más evidente de que los Romanos usaron los números ordinales en dos diversas acepciones.

V.

Se ha visto que esta locucion equívoca, se aplica no solamente á los plazos, sino tambien á otros objetos susceptibles de contarse, por más que evidentemente deba referirse su orígen á la naturaleza particular de los plazos. Así, cuando comienza una posesion al medio dia del 1.º de Enero y se trata de contar los 365 dias del calendario, puede dudarse sobre si se debe comenzar por el 1.º de Enero, de cuyo dia sólo la mitad forma parte del plazo. Esta circunstancia habrá determinado, sin duda, la incertidumbre que se nota en la fijacion de los plazos, y habrá sido extendida á la numeracion de otros objetos, respecto á los cuales no existía este motivo.

(*d*) Frontino, de coloniis, en Goesio, pág. 111, 133.
(*e*) Hyginus, de limitibus constituendis, en Goesio, pág. 158, 159.

VI.

No debe creerse respecto de estas dos maneras de contar, empleadas por los Romanos, que la una sea la regla general y la otra una rara excepcion que acaso deba atribuirse á escritores más inferiores. Ámbas, por el contrario, se encuentran en los autores de primera línea, y Ciceron, Varron y el médico Celso las emplean indiferentemente. Para no considerar como enteramente arbitraria y sin otra regla que el capricho de cada autor, el empleo de estas dos locuciones, manifestaré la relacion que, segun toda apariencia, existe entre ellas. La primera, esto es, la que cuenta el término que sirve de punto de partida, parece la más antigua y la más usada en la vida ordinaria, como lo indica el estilo del calendario, más vulgar, ciertamente, que las locuciones adoptadas por los autores. La segunda parece más elegante y más exacta, como lo muestran el frecuente uso que de ella hace Ciceron y su adopcion en los actos públicos. Esta diferencia nos explicaría satisfactoriamente los errores á que dichos actos dieron lugar. Los autores de la ley quisieron emplear expresiones escogidas y los encargados de ejecutarlas las interpretaban conforme á los hábitos del lenguaje adoptado en la vida ordinaria.

Cuando encontramos en un texto de un antiguo jurisconsulto un número ordinal, somos libres de tomarlo en uno ó en otro sentido, segun que las circunstancias hagan más verosímil una ú otra interpretacion. Si contamos el primer dia, etc., esta suposicion no necesita una justificacion muy exigente, porque esta manera de expresion parece haber sido la más ordinaria. Si, por el contrario, descubrimos un motivo particular que haya determinado al jurisconsulto á emplear la segunda locucion, aunque ménos usada, esta circunstancia da mayor certidumbre á nuestra interpretacion.

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO

CAPÍTULO III.

Del orígen y de la extincion de las relaciones de derecho.

Páginas.

APÉNDICES.